UNTERSUCHUNGEN ZU DER BEHANDLUNG STRAFPROZESSUALER FORMVORSCHRIFTEN IN DER NEUEREN RECHTSPRECHUNG

Ein Beitrag zu der
veränderten Stellung der Gerichte
gegenüber formell-rechtlichen
Bestimmungen

Winfried Brandenburg

1969

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542722_0024

UNTERSUCHUNGEN ZU DER BEHANDLUNG STRAFPROZESSUALER FORMVORSCHRIFTEN IN DER NEUEREN RECHTSPRECHUNG

EIN BEITRAG ZU DER VERÄNDERTEN STELLUNG DER GERICHTE GEGENÜBER FORMELL-RECHTLICHEN BESTIMMUNGEN

Inauguraldissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes

Saarbrücken 1969

Vorgelegt von
Gerichtsassessor Winfried Brandenburg
aus St. Ingbert

DISSERTATIONSDRUCK -SCHÖN- München 23, Belgradstraße 11

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Tag der mündlichen Prüfung: 25. November 1969

Erstberichterstatter: Prof. Dr. G. Kielwein
Zweitberichterstatter: Privatdozent Dr. Androulakis
Dekan: Prof. Dr. H. Hax

LITERATURVERZEICHNIS

Arndt, Adolf
Gesetzesrecht und Richterrecht, NJW 63, 1273

Bachof, Otto
Die richterliche Kontrollfunktion im westdeutschen Verfassungsgefüge, in Festschrift für Hans Huber, S. 26, Bern, 1961

Bader, Karl S.
Die Wiederherstellung rechtsstaatlicher Garantien im deutschen Strafprozeß nach 1945, in Festschrift für Pfenninger, S. 1, Zürich, 1956

Barth
Verwerfung der Berufung nach § 329 StPO, NJW 58, 373

Baumann
Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bielefeld, 1966

Baumbach-Lauterbach
Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 29. Aufl., München und Berlin, 1966

Baumhaus, Paul
Informationsloser Verteidiger als Vertreter des Angeklagten nach § 411 II StPO, NJW 62, 2337

Baur, Fritz
Sozialer Ausgleich durch Richterspruch, JZ 57, 193
Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht, in Summa ius, Summa iniuria, Tübingen, 1963

Berges, August Maria
Recht und Richtermacht, DRiZ 62, 368

Bettermann, August
Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzlichen Richter, in "Die Grundrechte", 3. Band, 2. Halbband, Berlin, 1959

Birkmeyer, Karl
Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin, 1898

Blaese, Ernst
Die Förmlichkeiten der Revision in Strafsachen, Berlin und Frankfurt, 1956

Blei, Hermann
Anm. zu OLG Köln v. 11. 5. 62 - Ss 100/62, NJW 62, 2024

Bockelmann, Paul
Richter und Gesetz, in Festschrift für Rudolf Smend, S. 23, Göttingen, 1952

Bohne, G.
Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls und Verfahrensrüge, SJZ 49, 760

Brüggemann, Dieter
Die rechtsprechende Gewalt, Berlin, 1962
Gesetzesrecht und Richterrecht, JR 63, 162

Busch, Richard
Begründung, Anfechtung und Revisibilität der Verwerfungsurteile der §§ 329 I, 412 I StPO, JZ 63, 457

Dahs
Anm. zu OLG Hamm v. 4.12. 51 - 2 Ss 538/51, NJW 52, 276

Dalcke-Fuhrmann-Schäfer
Strafrecht und Strafverfahrensrecht, 37. Aufl., Berlin 1961

Dallinger-Lackner
Jugendgerichtsgesetz mit ergänzenden Vorschriften, 2. Aufl., München und Berlin, 1965

Dünhaupt, Heinz Wilhelm
Anm. zu OLG Celle v. 22. 6. 65 - 4 Ws 31/65, NJW 65, 2215

Erdsiek, Gerhard
Anm. zu Bay OLG v. 17. 5. 61 - RevReg 1 St 196/61, NJW 61, 1637

Feldmann, C.
Anm. zu OLG Düsseldorf v. 10. 9. 59 - 2 Ws 328/59, NJW 60, 210

Forsthoff, Ernst
Die Bindung an Gesetz und Recht, DÖV 59, 41

Geiger, Willi
Der Richter und seine Bindung an Gesetz und Recht, DRiZ 63, 170

Gerland, Heinrich
Der deutsche Strafprozeß, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1927

Grethlein, Gerhard
Kommentar zum JGG, 2. Aufl., Berlin, 1965

Gribbohm, Günter
Richterliches Wollen und Urteilsfindung, MDR 66, 975

Hagen, Hellmut
Ist die Wiederaufnahme des Verfahrens bei gerichtlichen Strafverfügungen zulässig?, NJW 65, 2335

Haberkorn, Kurt
Ist bei Strafbefehl Ersatzzustellung nach § 182 zulässig?, NJW 60, 902
Zur Ersatzzustellung bei Strafbefehlen, NJW 60, 2085

Henckel, Wolfram
Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen,
Rektoratsrede, Göttingen, 1966

Henkel, Heinrich
Einführung in die Rechtsphilosophie, München und Berlin, 1964
zit. Philosophie
Strafverfahrensrecht, Stuttgart und Köln, 1953
zit. Lb

Herlan, Wilhelm
Anm. zu Bay OLG v. 17. 7. 53 - RevReg 3 St 119/53, JR 54, 354

Horn, Norbert
Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie im juristischen Denken, NJW 67, 601

Huhn, Dieter
Gesetz und Recht, DRiZ 67, 340

Janetzke, Gerhard
Wann ist die Ersatzzustellung im Strafprozeß ausgeschlossen?,
NJW 56, 620

Janiszewski
Zur Ersatzzustellung bei Strafbefehlen, NJW 60, 2084/2085

Kalthoener, Elmar
Probleme aus dem strafprozessualen Recht der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Berlin, 1957
zit. Probleme
Wiedereinsetzung bei Nichtbeachtung von Formvorschriften?, NJW 57,291

Kaufmann, Arthur
Gesetz und Recht, Vortrag gehalten am 8.11.61, Saarbrücker Universitätsreden 4, Saarbrücken

Kern, Eduard
Strafverfahrensrecht, 6. Aufl., Berlin und München, 1960

Kielwein, Gerhard
Grundgesetz und Strafrechtspflege, in Annales Universitatis Saraviensis, Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, Band 8, S. 127, Saarbrücken, 1960

Kleinknecht-Müller-Reitberger
Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum GVG und Ordnungswidrigkeitengesetz, Band I, StPO, 6. Aufl., Darmstadt, 1966

Kleinknecht, Theodor
Anm. zu BGH St 13, 388, JZ 60, 755

Koch, Hans-Jörg
Probleme des Rechtsmittelverzichts, JR 64, 255

Kohlhaas, Max
Keine Wiedereinsetzung bei Nichteinhaltung der eigentlichen Revisionsbegründungsfrist nach Erhebung der allgemeinen Sachrüge?, NJW 55, 742
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand für Privat- und Nebenkläger bei Verschulden des Anwalts, NJW 67, 191

Kratz, Walter
Zustellung von Strafbefehlen durch Niederlegung (§ 182 ZPO) und rechtliches Gehör, JBl Saar 67, 3

Krause, Friedrich Wilhelm
Entzug des rechtlichen Gehörs durch § 412 II StPO, MDR 64, 896

Kries v., August
Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg, 1892

Less, Günther
Vom Wesen und Wert des Richterrechts, Erlangen, 1954

Loewenheim
Zur Frage der Wiedereinsetzung bei Verschulden des Rechtsanwalts, NJW 47/48, 516

Löwe-Rosenberg
Die Strafprozeßordnungen und das GVG, Großkommentar,
21. Aufl., 1. Band, Berlin, 1963
2. Band, Berlin, 1965

Lorenz, Robert
Einspruchsrücknahme gemäß § 411 I StPO und rechtliches Gehör im Strafbefehlsverfahren, MDR 62, 626

Maihofer, Werner
Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht, in Annales Universitatis Saraviensis, Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, Band 8, S. 5, Saarbrücken, 1960

Mangoldt-Klein
Das Bonner Grundgesetz, Band I, 2. Aufl. Berlin und Frankfurt, 1966

Mann, Dietrich und Ulrich
Die Anwendbarkeit des Grundsatzes "in dubio pro reo" auf Prozeßvoraussetzungen, ZStW 76 (1964), 264

Maunz-Dürig
Kommentar zum Grundgesetz, Band I, 2. Aufl., München und Berlin, 1966

Mayer, Albrecht
Übergang von der Revision zur Berufung, NJW 59, 1522

Mayer-Ladewig, Jens
Gesetzesbindung und Richterfreiheit, DRiZ 62, 317

Marcic, René
Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Wien, 1957

Meister, Hans Georg
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei schuldhafter Säumnis der Entschuldigung des Ausbleibens in der Hauptverhandlung, MDR 49, 78

Mittelbach, Hans
Anm. zu OLG Hamburg v. 11.2.55 - Ws 82/55, JR 55, 274

Mölders, H.
Anm. zu OLG Düsseldorf v. 10.9.59 - 2 Ws 328/59, NJW 60, 211

Müller, Herbert
Fehlerhafte prozessuale Willenserklärungen des Beschuldigten, Tübinger Dissertation, München, 1965

Niese, Werner
Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, Göttingen, 1950

Niethammer, Emil
Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts, Tübingen, 1950
Anm. zu Bay OLG, Beschl. v. 20.9.51 - RevReg III 662/51

Oehlen, Dietrich
Anm. zu BGH St 17, 14, JZ 63, 227

Oppe, Wilfried
Die Zustellung prozessualer Abwesenheitserkenntnisse, NJW 61, 1800

Pentz, Adolf
Die Revisionsbegründung zu Protokoll der Geschäftsstelle, MDR 62, 532
Wiedereinsetzung im Rahmen von § 346 StPO, NJW 62, 1236

Pestalozza v., Baldur
Die römisch-rechtlichen Grundlagen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im heutigen Strafverfahren, Berlin, 1939

Peters, Karl
Lehrbuch des Strafprozesses, 2. Aufl., Karlsruhe, 1966
zit. Lb
Individualgerechtigkeit und Allgemeininteresse im Strafprozeß, in Summa Jus, Summa Iniuria, Tübingen, 1963
Anm. zu OLG Koblenz v. 3.5.56 - Ss 161/56, JZ 56, 725

Potrykus, Gerhard
Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz, 4. Aufl., Nürnberg, Düsseldorf, Berlin, Frankfurt, 1955
Zum Wiedereinsetzungsrecht des gesetzlichen Vertreters in Jugendstrafsachen, NJW 54, 1836

Preiser
Der Umfang der Prüfung des Revisionsgerichts nach § 329 I StPO, GA 65, 366

Radbruch, Gustav
Einführung in die Rechtswissenschaft, 11. Aufl., Stuttgart, 1964

Rechtsphilosophie, 6. Aufl., besorgt von Erik Wolf, Stuttgart, 1963
zit. Rechtsphilosophie

Reuß, Hermann
Der Richter und das Gesetz, DÖV, 63, 361

Riedel, Erwin
Gesetz und Recht, DRiZ 68, 167

Rosenberg, Leo
Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., München und Berlin, 1961
zit. Lb
Anm. zu OLG (Z) Hamburg, v. 4.8.52 - 1 U 155/52, JZ 53, 310

Rötelmann
Anm. zu OLG Hamm v. 26.2.53 - 2 Ws 6/53, DRpfl 53, 251

Roth-Stielow, Klaus
Die Auflehnung des Richters gegen das Gesetz, Villingen, 1963

Rutkowsky, Heinz
Anm. zu OLG München v. 5.6.52 - Ws 222/62, NJW 62, 1530

Salger und Skibbe
Zur Frage der Einspruchsbeschränkung bei Strafbefehlen, NJW 53, 852

Sarstedt, Werner
Die Revision in Strafsachen, 4. Aufl., Essen, 1962
zit. Revision
Anm. zu KG v. 9.6.54 - (III) 1 Ss 281/54, JR 54, 391
Anm. zu Bay OLG v. 3.9.54 - 2 St 668/54 - JR 55, 29
Anm. zu KG v. 6.10.54 - 1 Ss 318/53 - JR 54, 470
Anm. zu Bay OLG v. 18.9.59 - RReg 1 St 503/59 - JR 60, 146

Sax, Walter
Zur Anwendbarkeit des Satzes "in dubio pro reo" im strafprozessualen Bereich, in Studien zur Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Stock, Würzburg, 1966
zit. Festschrift
Anm. zu BGH v. 3.5.57 - 5 StR 52/57 - JZ 58, 178

Schäfer, Ernst
Die Auflockerung des Verfahrens im künftigen Strafprozeß und der Gedanke der materiellen Gerechtigkeit,
in Deutsches Strafrecht, II. Band, (1935), 247

Schäfer, K.
Zur Anfechtung amtsgerichtlicher Urteile in Strafsachen, NJW 51, 461

Schaper, Philipp
Anm. zu BGH v. 17.1.1962 - 4 StR 392/61 - NJW 62, 1357

Scheffler, Friedrich
Erleichterung der Wiedereinsetzung, NJW 64, 993

Schmidt, Eberhard
Berufung oder Revision im Strafprozeß, NJW 60, 1651
Die Kriegsstrafverfahrensordnung im Ganzen der deutschen Strafprozeßentwicklung, ZStW 61 (1942), 429
Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Teil I, 2. Aufl., Göttingen, 1964
zit. LK I
Teil II, 2. Aufl., Göttingen, 1957
zit. LK II
Probleme der richterlichen Verantwortung, DRiZ 63, 376
Revisionsgericht und Verfahrenshindernisse, JZ 62, 155
Verhaftungsantrag, Rechtsmittelerklärungen und § 136 a StPO, JR 62, 290
Anm. zu OLG Bremen v. 10.9.54 - Ws 215/54, JZ 55, 681
Anm. zu BGH St 17, 44, JZ 62, 371

Schmidt, Hans Wolfgang
Verschulden des Vertreters des Privat-Nebenklägers und des Antragstellers nach § 172 II, III StPO als unabwendbarer Zufall, MDR 63, 638
Verwerfung der Berufung des Angeklagten nach § 329 I StPO, SchlHA 63, 262
Säumnis des Angeklagten, wenn die Staatsanwaltschaft Berufung eingelegt hat, NJW 57, 1389

Schmidt, Richard
Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts,
2. Aufl., Leipzig, 1906

Schmidt-Leichner
Zum sachlichen Inhalt der Revisionsbegründung in Strafsachen, NJW 63, 994

Schmidt, Robert
Die Grenzen der Bindungswirkung des Rechtsmittelverzichts, JuS 67, 158

Schmitt, Rudolf
Können die Beschlüsse aus §§ 346, 349 StPO zurückgenommen werden?, JZ 61, 15

Schneider, Egon
Rechtspraxis und Rechtswissenschaft, MDR 67, 6

Schneidewin
Aus der Entwicklung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, in "50 Jahre Reichsgericht", Berlin und Leipzig, 1929
Anm. zu LG Köln v. 1.7.60 - 28 MsNs 6/59, NJW 61, 841

Schönke, Adolf
Anm. zu Bay OLG v. 22.4.52 - 1 StR 622/51, JZ 52, 431

Schönke-Schröder-Niese
Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., Karlsruhe, 1956

Schorn, Hubert
Das Klageerzwingungsverfahren im Blickfeld der neueren Rechtsprechung, NJW 65, 1517
Das Strafbefehls- und Strafverfügungsverfahren, Frankfurt, 1962
zit. Strafbefehlsverfahren
Verteidigung und Vertretung im Strafverfahren, JR 66, 7

Schürmann, Ernst
Anm. zu OLG Düsseldorf v. 19.3.64 - (1) Ss 18/64, NJW 64, 2265

Schwarz-Kleinknecht
Kommentar zur Strafprozeßordnung, 26. Aufl., München und Berlin, 1966

Seibert, Claus
Die Wahl bei der Sprungrevision im Strafverfahren, JZ 51, 216
Einige Bemerkungen über die Revision in Strafsachen nach dem StPÄG, MDR 65, 266
Telefonische Rechtsmitteleinlegung, DRiZ 52, 8

Stein, Erwin
Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung, NJW 64, 1745

Stratenwerth, Günther
Anm. zu OLG Stuttgart v. 8.2.57 - 1 Ss 18/57, JZ 58, 64
Anm. zu BGH St 18, 257, JZ 64, 264

Strauß
Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, GS 1936, 41

Stree, Walter
In dubio pro reo, Tübingen, 1962

Theuerkauf, Horst
Die Behandlung der nach § 345 unzulässigen Revision bei Verfahrenshindernissen, NJW 63, 1813

Thomas-Putzo
Zivilprozeßordnung, 2. Aufl., München und Berlin, 1963

Ungewitter, Reinhard
Verwerfung der Berufung beim Ausbleiben des Angeklagten in einem späteren Termin?, NJW 62, 2144

Viehweg, Theodor
Topik und Jurisprudenz, 2. Aufl., München, 1962

Weber, Friedrich
Zur Methodik des Prozeßrechts, Studium generale 60, 183

Wenzel, Leonhard
Die Problematik der richterlichen Ausfüllung von Gesetzeslücken, JR 60, 713

Werner, Fritz
Das Problem des Richterstaates, Berlin, 1960

Willms, Günther
Vorsorgliche Begründung der Revision?, NJW 65, 2335

Zippelius, Reinhold
Das Wesen des Rechts, München, 1965

Zwingmann, Klaus
Zur Soziologie des Richters in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin, 1966

GLIEDERUNG

Seite

Teil 1:

Umgrenzung des Problems unter Berücksichtigung des Eigenwertes prozessualer Bestimmungen
Formalbestimmungen im Zwiespalt zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit
Übersicht über die behandelte Rechtsprechung
Möglichkeiten der Verletzung von Formalien 1

Teil 2:

Rechtsprechung über Formalien seit 1945 14

I. Auflockerung von Fristbestimmungen 14

A. Einschränkung des fristauslösenden Ereignisses 14

1. Unwirksamkeit der Zustellung aus formellen Gründen 14

a) Ersatzzustellung von Urteilen 15
aa) Zustellung nach § 232 IV "durch Übergabe" 15
bb) Anwendung von § 232 IV auf § 233 17

b) Ersatzzustellung von Strafbefehl und Strafverfügung 18

2. Hinausschieben des Fristbeginnes bei der Revisionsbegründungsfrist 23

B. Umgehung des Fristendes durch Vorverlegung des Eingangs 26

1. Gemeinsame Briefannahmestelle 26

2. Mündliche Telegrammdurchsage 28

C. Nichtbeachtung der Frist ohne zeitliche Grenze - Unbestimmtes Rechtsmittel 32

D. Zweifel bei Fristeinhaltung - "in dubio pro reo" bei Prozeßvoraussetzungen 35

		Seite
II.	Auflockerung von Formbestimmungen	40
A.	Auf Äußerlichkeiten bezogene Formen	40
	1. Fernmündliche Einlegung	40
	2. Übergabe einer Schrift - Annahme ohne Prüfung durch Protokollanten	42
B.	Auf den Inhalt bezogene Formen	45
	1. Übergang von einem Rechtsmittel zum anderen	45
	a) Revision zur Berufung	45
	b) Berufung zur Revision	46
	2. Auslegung und Umdeutung von Rechtsbehelfen	48
	3. Fehlende Rechtsmittelbegründung und Verfahrenshindernisse	50
III.	Auflockerung von Terminbestimmungen - strenge Anforderung an Verwerfung wegen Ausbleibens	55
A.	Erweiterung der Vertretungsbefugnis	56
	1. Besondere Vollmacht zur Vertretung	56
	2. Amtsprüfung, ob Ausgebliebener als vertreten angesehen werden kann	57
B.	Erkennbarkeit eines Interesses am Verhandlungsfortgang trotz Ausbleibens	58
C.	Verdacht des Vorschiebens von Entschuldigungsgründen und Beweiswürdigung	60
IV.	Wiedereinsetzung in den vorigen Stand	62
A.	Gleichsetzung von Form- und Fristversäumnis	62
B.	Säumnis und Nachschieben von Einzelbegründungen bei der Revision	65
C.	Unabwendbarer Zufall - Einzelfälle	70

Seite

V. Anforderungen an prozessuale Erklärungen 74
A. Einschränkung des Rechtsmittelverzichts 74
1. Berücksichtigung des Erklärungswillens 75
2. Verzichtserklärung von Verteidiger und Angeklagtem, jugendliches Alter des Verzichtenden 77
B. Einschränkung der Rechtsmittelrücknahme 79

Teil 3:

Zusammenfassung.
Tendenzen der Rechtsprechung und ihre Ursachen.
Wandlung der Einstellung des Richters gegenüber dem Gesetz.
Grenzen der Auflockerung und ihre Gefahren. 83

TEIL 1:

EINFÜHRUNG

Die Durchführung eines ordentlichen Strafverfahrens ist ohne das Bestehen formaler Ordnungsvorschriften nicht möglich. Es erscheint wohl denkbar, daß ein weiser, alle Möglichkeiten und Gefahren eines Strafverfahrens überschauender Richter ohne die gesetzliche Normierung fester Formen und Fristen das Verfahren zum Besten aller Beteiligten leitet. Abgesehen von den Schwierigkeiten angesichts vieler tausender in Deutschland tätigen Richter verschiedener richterlicher Begabung und charakterlicher Veranlagung, verlangt es auch das Interesse der am Rechtsgang Beteiligten, daß sich der Prozeß in bestimmten Formen bewegt, daß das Verfahren überschaubar und voraussehbar wird. Strafprozessuale Verfahrensnormen müssen dem Rechtsgang eine zeitliche und formale Begrenzung geben.

Für die Gestaltung des Verfahrens kommen zwei grundlegende Möglichkeiten in Betracht: Einmal die Freiheit des Richters, das Verfahren im Rahmen weitest gesteckter gesetzlicher Möglichkeiten nach seinem Belieben und der von ihm erkannten Zweckmäßigkeit zu gestalten; zum anderen eine absolute Bindung des Richters an enge Verfahrensbestimmungen mit der Folge, daß er richterliche Freiheit nur bei der Anwendung materiellen Rechts entfalten kann.

Ein Verfahren, das dem Richter eine möglichst große Freiheit einräumt, führt zu einem großen Maß an Richtermacht, die in besonderen Fällen zur Richterwillkür ausarten kann. Andererseits kann eine allzu große Formenstrenge zu Prozeßverschleppungen führen, weil "formeller Ballast" ein zügiges Fortschreiten des Rechtsgangs verhindert. Hier hat das Verfahrensrecht die Aufgabe, durch Kompromißlösungen im Verfahrensrecht die richtige Relation zu finden [1]. Eine Lösung dieser Probleme muß an dem Ziel des Strafprozesses, Gerechtigkeit zu verwirklichen, ausgerichtet sein. Dabei darf die Tatsache, daß nur die gleiche Anwendung des Rechts unter gleichen Bedingungen Rechtssicherheit und damit materielle Gerechtigkeit zu gewährleisten in der Lage ist, nicht aus dem Gesichtsfeld verloren werden.

Prozeßformen, die den entgegengesetzten Interessen der Verfahrensbeteiligten Rechnung tragen sollen, dienen der Rechtssicherheit. Sie sind das Ergebnis rechtspolitischer Erwägungen und haben über ihren formalen juristischen Wert auch ethische Bedeutung [2], sie sind nicht nur eine formale Technik, sondern haben

---

1) so auch Baur, Richtermacht, S. 101

2) so E. Schmidt, LK I, Rdnr. 23

selbst einen staatsrechtlich materialen Eigenwert [3]. Sie dienen der Rechtsstaatlichkeit; es werden rechtspolitische Prinzipien daraus sichtbar [4]. Prozessuale Formvorschriften sind trotz ihres äußerlich nur formalen Ordnungscharakters für ein rechtsstaatlich durchgeführtes Verfahren unentbehrlich. Sie sind in gleicher Weise auf die Rechtsidee ausgerichtet wie die materiellen Rechtsprinzipien [5].

Nicht nur diejenigen prozessualen Formvorschriften, die zur Wahrung eines Mindestschutzes des Angeklagten dienen und somit materielle Schutzfunktion haben, wie die Einhaltung eines geordneten Verfahrens mit Vorverfahren, Zwischenverfahren und Hauptverfahren und den damit verbundenen Rechtsschutzgarantien, sondern auch die Fristvorschriften des Strafprozesses haben Schutzcharakter für die Verfahrensbeteiligten [6]. So ist von der Beachtung der Fristen der Verfahrensfortgang und somit die Überprüfbarkeit von gerichtlichen Erkenntnissen abhängig. Die Verfahrensbeteiligten müssen sich darauf verlassen können, daß mit Ablauf bestimmter Zeiträume eine Entscheidung unangreifbar ist. Einzelne Verfahrenshandlungen müssen nach gewissem Zeitablauf rechtswirksam sein. Das sowohl die Gemeinschaft als auch den einzelnen störende Verfahren muß seinen formellen Abschluß finden [7].

Die Justizförmigkeit des Strafverfahrens - und dazu gehört die Einhaltung von Formalien - hat ihren eigentlichen Sinn in einem der grundlegenden Elemente jeder Rechtsordnung: der Rechtssicherheit. Nur die mehr oder weniger strikte Einhaltung von Form- und Fristvorschriften gibt dem einzelnen wie der Gemeinschaft die größtmögliche Gewissheit, in einem die Interessen aller Beteiligten berücksichtigenden Verfahren zu einem gerechten Urteilsspruch zu gelangen.

Prozessuale Formvorschriften dienen der Rechtssicherheit, indem sie aufgrund langer Rechtserfahrung und rechtspolitischer Einsichten in berechenbarer Weise die Verantwortlichkeit der Prozeßbeteiligten verteilen [8]. Sie sind weder aus dem Bestreben entstanden, den Rechtsgang für die Parteien oder den Angeklagten zu erschweren, noch um dem Gericht seine Tätigkeit zu erleichtern. Sie sind vielmehr Mittel zur Durchsetzung prozeßökonomischer Notwendigkeiten, die dem Verfahren die notwendige Straffheit und Vorausberechenbarkeit geben sollen [9].

---

3) so Niese, ZStW 63 (1951), 218 u. Henckel, a. a. O. S. 7, vgl. aber auch die dort Zitierten

4) so Weber, a. a. O., S. 183 ff. (184)

5) so Henckel, a. a. O., S. 7

6) vgl. Bader, a. a. O., S. 3 ff.

7) Peters, Lb. S. 74 ff.

8) Schönke-Schröder-Niese, S. 28 f.

9) so Bohne, a. a. O., S. 767

Ein allzu strenges Festhalten an verfahrenstechnischen Formalien kann aber zur Schädigung eines anderen der Grundelemente jeder Rechtsordnung führen: der Gerechtigkeit.

Einerseits ist eine peinliche Einhaltung der Fristen notwendig, um den Forderungen der Rechtssicherheit Genüge zu tun, andererseits kann eine strikte Einhaltung von Fristvorschriften höchste Unbilligkeit bedeuten [10], so wenn man einem Revisionswerber die Pforten zum Revisionsgericht und damit vielleicht zu einem gerechten Ausgang der Sache wegen einer Fristversäumnis versagt oder wenn eine Berufung deshalb verworfen wird, weil der Angeklagte in der Hauptverhandlung ausgeblieben ist. Würden alle mit einer konsequenten Durchführung der Formenstrenge verbundenen Folgen auch tatsächlich gezogen werden, so würden große Schäden für die Gerechtigkeit entstehen [11].

Prozessuale Formen liegen demgemäß im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und dem Verlangen nach Gerechtigkeit [12]. So erfordert zwar das Interesse an einer raschen, tatkräftigen Justiz kurze Befristung maßgebender Prozeßhandlungen, um Prozeßverschleppungen zu verhindern [13]; auf der anderen Seite können die vom Gesetz an die Fristverletzung geknüpften Präklusionsfolgen einen erheblichen Schaden für die Gerechtigkeit mit sich bringen.

Diese gegeneinandergerichteten Tendenzen auszugleichen ist die Aufgabe von Gesetzgebung und Rechtsprechung. Dabei kommt der Rechtsprechung aufgrund der Tatsache, daß sie dem Einzelfall einer Kollision von Gerechtigkeit und Rechtssicherheit gerecht werden kann, größere Bedeutung zu als der notwendig generalisierenden Gesetzgebung, die nur typische Geschehensabläufe aufgreifen und nur in diesem Rahmen regelnd und ausgleichend eingreifen kann, wie beispielsweise bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Bei der Lösung dieses Konfliktes wird die Justizförmigkeit mit ihrem rechtsstaatlichen Eigenwert zu beachten sein, aber auch der Verwirklichung materiellen Rechts wird durch ein nicht allzu striktes Festhalten an den Formalien Raum gegeben werden müssen. Man würde es sich zum Schaden der gesamten Rechtspflege zu leicht machen, wenn man sich in jedem "Bedarfsfalle" leichten Sinnes über die Verbindlichkeit "prozessualer Formalitäten" hinwegsetzen würde [14]. Dazu ist der Wert prozessualer Formen und der Rechtssicherheit zu hoch anzusetzen. Doch dürfen prozessuale Formen nicht zum heiligen Tabu werden [15].

---

10) Schneidewin, 50 Jahre Reichsgericht, S. 319 ff.
11) so Birkmeyer, S. 552
12) so Henkel, Lb. S. 103
13) so Gerland, S. 184
14) so Schönke-Schröder-Niese, S. 28 f.
15) VG Berlin, JR 55, 35 (36)

Welchem der beiden grundlegenden Gedanken der Rechtsordnung der Vorzug zu geben ist, der Rechtssicherheit oder der Gerechtigkeit, ist streitig [16]. Die Ausführungen zu dieser Streitfrage müssen sich in vorliegender Arbeit im Rahmen einer Andeutung der Probleme halten. In der Literatur finden sich Stimmen, die dem Institut der Rechtssicherheit und damit den Formalien grundsätzlich den Vorzug vor der materiellen Gerechtigkeit geben wollen, insbesondere räumen einige Verfasser auf dem Gebiet des Zivilprozesses dem Gedanken der Rechtssicherheit unbedingt den Vorrang vor dem der Gerechtigkeit ein [17]. Mit der Begründung, daß es sich bei der Rechtssicherheit um ein unschätzbares Gut handele, sind sie der Auffassung, daß eine Ungerechtigkeit eher zu tragen sei "als eine Rechtsanwendung, die man wegen ihrer Unberechenbarkeit als Willkür empfinde". Man dürfe keinen Finger breit von der Einhaltung der Rechtsmittelfrist abweichen [18].

Demgegenüber neigen die Verfasser strafprozessualer Literatur eher zu der Auffassung, daß der Gerechtigkeit der Vorrang vor der Rechtssicherheit einzuräumen sei [19]. Prozessualen Formalien, insbesondere Fristen, sei lediglich ein formaler Ordnungscharakter zuzuerkennen. Darin liege gleichzeitig ihr Wert, aber auch ihre Begrenzung. Der formalen Ordnung übergeordnet sei die materielle - die Gerechtigkeit. Häufig führe eine strikte Einhaltung der formalen Ordnung zur Zerstörung der materiellen Gerechtigkeit [20]. Die materielle Gerechtigkeit sei aus diesem Grunde ungleich höher zu bewerten.

Die von einander abweichenden Auffassungen zivil- und strafprozessualer Verfasser erklären sich vor allem aus der Verschiedenheit der Struktur und des Gehalts beider Prozeßarten. Während es im Zivilprozeß meist um die Austragung finanzieller Streitigkeiten begrenzten Inhalts geht, trifft der Strafprozeß den Angeklagten in seiner Ehre und Freiheit - häufig in seiner bürgerlichen Existenz. Eingriffe in Strafverfahren berühren den gesamten Persönlichkeitsbereich des Betroffenen [21]. Ein Ausschluß von Rechtsmitteln wegen der Verletzung von Formalien berührt den Angeklagten im Normalfall wesentlich schwerer als ein verlorener Zivilprozeß, wo die Existenzgefährdung der Betroffenen der Ausnahmefall ist. Hinzu kommt, daß im Zivilprozeß der Eigenverantwortlichkeit der Parteien ohnehin größerer Raum zugedacht ist als im Strafprozeß. Die im Zivilprozeß den Parteien eingeräumte Dispositionsfreiheit macht nämlich auf der anderen Seite im

---

16) vgl. BVerfGE 2, 403 und 3, 237

17) so Baumbach-Lauterbach, Einl. III, 5 C

18) so Baumbach-Lauterbach, Einl. III, 5 C

19) so insbes. Kalthoener, S. 1 f., vgl. aber auch Baur, Richtermacht, S. 116, Radbruch, Einführung, S. 42/43, Riedel, DRiZ 68, 168 (170)

20) so Kalthoener, S. 2

21) Peters, Individualgerechtigkeit, S. 195

Interesse einer geordneten Rechtspflege und eines Abschlusses des Verfahrens eine stärkere Bindung an Formalien und Fristen erforderlich, um einem endlosen Sich-Hinschleppen von Prozessen vorzubeugen.
Im Gegensatz zu den beiden Auffassungen, die dem einen Prinzip den Vorrang vor dem anderen einräumen, lehnt der überwiegende Teil der Verfasser eine grundsätzliche Vorrangstellung des einen Rechtsgrundsatzes vor dem anderen ab [22]. Beide Prinzipien müßten von Fall zu Fall in Einklang gebracht werden. Ziel der gesetzlichen Regelung könne es nur sein, vernünftige, sinnvolle Ordnungen der Lebensverhältnisse zu geben. Die Formvorschriften seien entsprechend dem jeweiligen Verfahrenszweck zu handhaben, wobei weder grundsätzlich eine einengende Auslegung geboten sei, noch eine analoge Anwendung verboten sei [23]. Eine prinzipielle Rangfolge zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit sei aus dem Rechtsdenken selbst nicht herzuleiten [24].
In dem Widerstreit zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit und den Stellungnahmen von Literatur und Rechtsprechung zur Lösung dieses Streites spiegeln sich die Gedanken der jeweiligen Zeit und ihrer allgemeinen politischen Grundkonzeption wider. Während die Gerechtigkeit ein möglichst aufgelockertes Verfahren fordert, verlangt die Rechtssicherheit einen möglichst gebundenen Prozeß [25]. Demgemäß setzen Prozeßordnungen, die einen möglichst großen Schutz des Angeklagten bezwecken, den Wert schützender Formalien hoch an, auch auf die Gefahr hin, daß die materielle Gerechtigkeit darunter leidet. Der freien Tätigkeit des Richters auf formellem Gebiet sind dann sehr enge Grenzen gesetzt. Demgegenüber gewähren Strafprozeßordnungen, die ein großes Maß an Variabilität der richterlichen Einflußnahme auf die Verfahrensgestaltung bezwecken, Formfreiheit. Dies führt aber häufig zu der Gefahr, daß außergesetzliche gesellschaftliche Kräfte auf den Richter einwirken und die mit der Formfreiheit angestrebte Gerechtigkeit gerade durch eine ungleichmäßige Gesetzesanwendung Schaden leidet [26]. Aus diesem Grunde schätzen totalitäre Staatssysteme eine größtmögliche Formfreiheit, was schützende Formen angeht, während liberal-individualistischem Gedankengut zuneigende Staatsformen zum Schutze des Angeklagten ein möglichst gebundenes Verfahren mit Formzwang als erstrebenswert ansehen [27]. Insoweit spiegelt sich auch und besonders im

---

22) so Rosenberg, Lb., S. 27, Henkel, Lb. S. 103, Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 41 ff.
23) Rosenberg, Lb. S. 27
24) Henkel, Rechtsphilosophie, S. 343 f.
25) Peters, Lb. S. 73 ff.
26) so auch Baur, Richtermacht, S. 101 ff.
27) Henkel, Lb. S. 99

formellen Recht das Verhältnis Individuum - Staat wider. Die politischen Kräfte und Ideen wirken auf die Gestaltung des Strafverfahrens in weit höherem Maße ein als im Zivilverfahren [28]. Anschauungsmaterial dafür bietet die neuere deutsche Geschichte. Wenn beispielsweise unter der totalitären Herrschaft des Nationalsozialismus die Lockerung von schützenden Verfahrensnormen, die nach seiner Auffassung nur den Zugriff des Staates auf Verbrecher hinderten, gefordert und verwirklicht wurde, um "die Bestrafung des Schuldigen und die Sicherung der Volksgemeinschaft" sicherzustellen [29], so spricht dieses Beispiel für sich selbst [30]. Andererseits wurden Formalien, deren Einhaltung durch die staatlichen Organe von der Prozeßordnung zugunsten des Beschuldigten geboten war, von der Rechtsprechung abgebaut. Mit der grundsätzlichen Überbewertung einer auf diese Weise ermittelten "Gerechtigkeit" über die Rechtssicherheit und dem Abtun von prozessualen Sicherungen als bloßen "Verbrecherschutzbestimmungen" war der Willkür auch im Strafprozeß Tür und Tor geöffnet. Die Verfahren vor dem Volksgerichtshof zeigten besonders das Ausmaß eines "aufgelockerten Verfahrens".

Die Geschichte des deutschen Prozeßrechts zeigt ein Auf und Ab, was die Bindung an Formen angeht. Während der mittelalterliche Prozeß eine große Formenstrenge hatte - man denke an die Formalisierung des Beweisverfahrens - kamen spätere Verfahrensordnungen von dieser Formenstrenge ab. Es zeigte sich generell eine Tendenz zur Auflockerung der Formen mit immer wieder einsetzenden Reaktionen zur Bindung [31]. So führte der im Formalismus erstickende gemeinrechtliche Prozeß des Mittelalters und der frühen Neuzeit zu einer Reaktion in der Richtung, daß der Prozeß der preußischen allgemeinen Gerichtsordnung von 1793 dem Richter völlig freie Hand ließ, was die Führung des Prozesses angeht. Dieser Entwicklung trat dann die StPO von 1877 entgegen, indem sie das Verfahren in feste Bahnen lenkte. Diese Verfahrensformen versuchte wiederum der Nationalsozialismus aufzulockern und "Verbrecherschutzbestimmungen" abzubauen. Die jeweiligen Entwicklungen und die Reaktionen darauf wurzelten in dem Streben nach Formfreiheit zur Ermöglichung unbeschränkter Rechtsfindung und Verwirklichung materieller Gerechtigkeit auf der einen Seite und dem Mißbrauch und den Gefahren eines formungebundenen Verfahrens auf der anderen Seite.

Aus diesem Dilemma zwischen der Mißbrauchmöglichkeit eines formungebundenen Verfahrens und der Notwendigkeit, sich gegebenenfalls aber über Formvor-

---

28) Kern, S. 2 ff.

29) so E. Schäfer, a.a.O., S. 247 ff. (248)

30) über die wechselvolle Geschichte des deutschen Strafprozesses in Formlosigkeit und Formzwang je nach dem bestehenden politischen System vgl. E. Schmidt, ZStW 61, 429 (434 ff.)

31) vgl. Baur, Richtermacht, S. 101

schriften hinwegzusetzen, wenn die materielle Gerechtigkeit dies erfordert, ergibt sich, daß sich das Problem Rechtssicherheit - Gerechtigkeit im Verfahrensrecht nicht generell in dem einen oder anderen Sinne lösen läßt. Vielmehr wird im Strafverfahrensrecht ein Weg zu finden sein, der beiden Grundelementen der Rechtsordnung Raum läßt. Es scheint jedoch fraglich, ob im Rahmen einer generalisierenden Verfahrensordnung eine Regelung für alle Einzelfälle denkbar und möglich ist.

Zuvor ist jedoch die Frage nach dem Verhältnis beider Elemente, der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit, zueinander im Rahmen prozessualer Formvorschriften kurz zu streifen. Rechtssicherheit und Gerechtigkeit bedingen sich gegenseitig [32]. Sie sind nicht generell als Gegensätze anzusehen. Beide sind Grundwerte sozialen Zusammenlebens, die im Einzelfall in Widerstreit treten können. Während die Gerechtigkeit eine möglichst dem Einzelfall gerecht werdende Lösung verlangt, fordert die Rechtssicherheit eine möglichst gleichmäßige Anwendung von Recht, selbst wenn dieses im Einzelfall zu Ungerechtigkeiten führt. Da die Rechtssicherheit aber letzten Endes ein Element zur Verwirklichung der Gerechtigkeit ist, wird der Widerspruch von Gerechtigkeit und Rechtssicherheit als ein Konflikt der Gerechtigkeit mit sich selbst angesehen [33]. Gerechtigkeit ist ohne Rechtssicherheit nicht denkbar; letztere ist gleichzeitig ein Wesenselement und Gegenpol der Gerechtigkeit. Ein Urteil kann auch gerecht sein, wenn es auf einer verfahrensrechtlichen Norm beruht und auf den ersten Blick hin als ungerecht erscheint [34].

Auch Formalurteile können wegen der zu Tage getretenen Gleichgültigkeit des Angeklagten gegenüber seinem Verfahren und dessen Weiterführung der Gerechtigkeit entsprechen. Formale Bestimmungen dienen im Strafverfahren nicht nur der Rechtssicherheit sondern auch der Gerechtigkeit [35].

Aufgabe der Rechtsordnung ist es, durch Gesetzgebung und Judiz beiden Grundelementen Rechnung zu tragen mit dem Ziel, daß dem einzelnen "Recht widerfährt". Es gilt, die verschiedenen Tendenzen abzugrenzen und abzuwägen und in ein angemessenes Verhältnis zu bringen. Die richtige Gewichtsverteilung zu finden gehört zu der nicht mehr regelgebundenen und nicht regulierbaren Kunst der Rechtsanwendung [36]. Dazu ist der allgemeine Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit oder die häufig gebrauchte Formulierung, die Form dürfe nicht über die Sache gestellt werden, nicht geeignet [37].

---

32) so Peters, Lb. S. 73 ff.

33) so Radbruch, Einführung, S. 42

34) vgl. Henckel, a. a. O., S. 9

35) Peters, Individualgerechtigkeit, S. 193

36) Henkel, Rechtsphilosophie, S. 350

37) Weber, a. a. O., S. 193

Der Richter darf erst dann vom gesetzten Recht abweichen, wenn alle Möglichkeiten erschöpft sind, aus diesem heraus eine gerechte Lösung zu finden [38].

In diesem Zusammenhang ist aber auch die Tatsache zu sehen, daß ein Übergehen formaler Bestimmungen Entscheidungen des Gerichts zur Sache oft erst möglich macht. Formalien werden übergangen, um Sachentscheidungen zu ermöglichen. Durch Auflockerung von Formalien wird oft eine Ausdehnung der Überprüfbarkeit von Entscheidungen in einer weiteren Instanz erreicht. Sachentscheidungen sind von ihrem Gerechtigkeitswert her Formalentscheidungen vorzuziehen. So kann eine Auflockerung von Formalien im Einzelfall ein Gebot der Gerechtigkeit sein. Es kann möglicherweise dieser aber auch entgegenstehen, wenn eine willkürliche Handhabung von Formalbestimmungen die Rechtssicherheit beseitigt [39].

Das Problem des Verhältnisses der formalen prozessualen Bestimmungen im Strafprozeß zur Gerechtigkeit wirft, soweit es als Rechtsprechungsproblem auftaucht, eine weitere Frage auf: die Frage der Bindung des Richters an die gesetzlich fixierten Formalien. Zwar hat die Strafprozeßordnung als Ausgleich für die Einführung fristgebundener Handlungen und die damit verbundene Gefahr, prozessualer Möglichkeiten verlustig zu gehen, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geschaffen. Diese soll die Grenzen, die der materiellen Wahrheit aus Gründen der Beschleunigung gezogen sind, im Einzelfall aus Gründen der Billigkeit wieder aufheben [40]. Die gesetzliche Regelung der Wiedereinsetzung kann jedoch nur einen Teil der Fälle erfassen, in denen es zu einer Kollision von Form und Gerechtigkeit kommt; nur dann, wenn eine Frist aufgrund unabwendbaren Zufalls versäumt wurde, kann das gesetzliche Mittel der Wiedereinsetzung eine Sachprüfung herbeiführen und damit materielle Gerechtigkeit ermöglichen. In einer Vielzahl der Fälle, in denen es zu Konflikten zwischen Formalien und der Gerechtigkeit kommt, ist eine Abhilfe von Unzuträglichkeiten auf gesetzlicher Grundlage nicht vorgesehen. Angesichts der Vielzahl der Kollisionsmöglichkeiten ist dies auch nicht möglich. Oft steht dann der Richter in dem Dilemma, entweder sich der formalen Vorschrift zu beugen zu Lasten der materiellen Gerechtigkeit oder sich über das formelle Recht hinwegzusetzen.

Dabei ist die Handhabung des formellen Rechts zur Ermöglichung von Sachentscheidungen in zweierlei Richtung möglich. Zunächst können die Anforderungen an vom Angeklagten wahrzunehmende Formalien - Formen, Fristen, Erklärungsinhalte - herabgesetzt werden und dadurch eine Auflockerung von Formalien erreicht werden. Aber auch die Erhöhung der Anforderungen an von der Staatsanwaltschaft und den Gerichten wahrzunehmende Formalien kann Sachentscheidun-

---

38) Riedel, DRiZ 68, 167 (170)

39) darauf wird näher im Abschluß der Untersuchung einzugehen sein.

40) vgl. Pestalozza, a.a.O. S. 74

gen zu Lasten von Formalentscheidungen ermöglichen. Darüberhinaus kann die Erhöhung der Anforderungen an Formalien, die einen Abschluß des Verfahrens durch Erklärungen des Beschuldigten herbeiführen - Rechtsmittelverzicht oder -rücknahme - der Ermöglichung von Sachentscheidungen in einer weiteren Instanz dienen.

In neuerer Zeit wird immer wieder behauptet, die Rechtsprechung entscheide den Zwiespalt zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit überwiegend einseitig zugunsten der materiellen Gerechtigkeit unter Mißachtung des Eigenwertes der prozessualen Formen [41]. Im Laufe der letzten Jahre mache sich dadurch immer mehr eine Tendenz zur Auflockerung der Formalien bemerkbar. Formale Qualitäten der Rechtsordnung würden immer geringer geachtet [42]. Dadurch entstehe eine große Rechtsunsicherheit [43]. Die Vorausberechenbarkeit gerichtlicher Entscheidungen werde infolgedessen erheblich eingeschränkt [44]. Die Gerichte setzten sich über Formalien einfach hinweg. Aber auch die Wiedereinsetzung werde oft großzügiger behandelt, als der historische und jetzige Gesetzgeber es gewollt haben [45].

Gegenstand dieser Untersuchung ist es, festzustellen, inwieweit diese Behauptungen auf dem Gebiet strafprozessualer Formalien in dem zu berücksichtigenden Zeitraum zutreffen, inwieweit eine derartige Tendenz in der Rechtsprechung tatsächlich vorhanden ist. In welchem Umfang die aufgetretenen Tendenzen auf den verschiedenartigen Ursachen beruhen, interessiert in diesem Zusammenhang nur in zweiter Linie. Es läßt sich beim Großteil der erörterten Fälle auch nicht anhand der veröffentlichten Entscheidungsgründe feststellen, ob im Einzelfall das Gericht die Formalien mißachtet, weil eine offenbare Ungerechtigkeit im speziellen Fall vermieden werden sollte oder ob die Rechtsprechung generell die betreffenden Formalien einschränken wollte. Dies ist nur bei einer geringen Zahl von Entscheidungen erkennbar. Aufgabe der Arbeit ist es vielmehr, anhand der Rechtsprechung nachzuprüfen, ob objektiv ein Abwenden und eine Geringerbewertung von formellen Gesichtspunkten stattfindet, wie es immer wieder behauptet wird.

Formalien sind in dem hier erörterten Zusammenhang prozessuale Bestimmungen, die dem Verfahren einen bestimmten Ablauf geben. In ihrem Rahmen bewegt sich die äußere Form des Prozesses. Mit ihrer Hilfe geschieht die Verwirk-

---

41) Zwingmann, a. a. O., S. 148, Roth-Stielow, a. a. O., S. 3 ff. (6), Wenzel, JZ 60, 713, Henckel, a. a. O., S. 8, Kohlhaas, NJW 55, 742

42) Zwingmann, S. 148

43) Roth-Stielow, S. 5

44) Zwingmann, S. 149

45) Henckel, S. 8

lichung der materiellen Rechtsordnung. Sie sollen widerstrebende Interessen der einzelnen Prozeßbeteiligten ausgleichen.

Zu den Formalien zählen Vorschriften über Fristen, ohne die ein geordnetes Verfahren nicht durchführbar ist, aber auch prozessuale Formen, wie sie anläßlich von Prozeßerklärungen einzuhalten sind und die Vorschriften, die die Durchführung von gerichtlichen Terminen betreffen. Außerdem gehören zu den Formalien im weiteren Sinne noch die Bestimmungen, die eine Verletzung von Formalbestimmungen heilen sollen: die Wiedereinsetzungsvorschriften. Schließlich sind unter diesem Begriff auch die Anforderungen an prozessuale Erklärungen zu fassen, die den Umfang der Überprüfbarkeit einer Entscheidung bestimmen.

In der Strafprozeßordnung findet sich eine Vielzahl von formalen Bestimmungen. Aus der großen Anzahl dieser Vorschriften soll die Rechtsprechung zu jenen untersucht werden, die besonders typische prozessuale Probleme im Zwiespalt zwischen Form und Gerechtigkeit aufwerfen oder die häufig Gegenstand divergierender Entscheidungen waren. Das sind von den Vorschriften, die eine Fristwahrung betreffen, insbesondere die §§ 42 ff., 314, 317, 341, 345, 409 +). Diese, die Berufungseinlegung, die Berufungsbegründung, die Revisionseinlegung, die Revisionsbegründung und die Einspruchsfrist beim Strafbefehl enthaltenden Fristvorschriften sowie die Wiedereinsetzung wegen Fristversäumnis betreffenden Bestimmungen zeigen den in der Rechtsprechung häufig auftretenden Konflikt zwischen Rechtssicherheit durch Fristwahrung und dem Bestreben nach materieller Gerechtigkeit.

Auf dem Gebiet der die Form betreffenden Vorschriften treten insbesondere die §§ 314, 315, 341 hervor. Diese Bestimmungen betreffen insbesondere die Form von Rechtsbehelfen und Art und Umfang ihrer Begründung.

Außerdem befaßt sich die Untersuchung mit der Rechtsprechung, die im Zusammenhang mit solchen Terminen steht, bei denen die Versäumnis zur Verwerfung des eingelegten Rechtsbehelfs führt, den §§ 329 und 412. Darüberhinaus soll die Rechtsprechung zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Fristversäumnis, insbesondere im Hinblick auf die ausdehnende Auslegung dieser Bestimmungen untersucht werden. Schließlich ist es auch Gegenstand der Arbeit, die Anforderungen an prozessuale Erklärungen und eine damit zusammenhängende Ausdehnung der Überprüfbarkeit von Entscheidungen durch Interpretation von prozessualen Willenserklärungen zu untersuchen. Die Auswahl aus der Vielzahl von Formalien war erforderlich, aber auch ausreichend, um eine eingehende Behandlung einzelner typischer und häufig auftretender Probleme zu ermöglichen.

Unter Auflockerung von Formalien verstehe ich in diesem Zusammenhang das Hinwegwenden von formellen Gesichtspunkten unter stärkerer Berücksichtigung

---

+) §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche der StPO

des Zieles der Verwirklichung materieller Gerechtigkeit durch Ermöglichung von Sachentscheidungen. Während im Strafprozeß des Mittelalters - man denke an den Reinigungseid, bei dem geringfügige Fehler die Schuld des Angeklagten "nachwiesen" - eine absolute Überbewertung der formellen Regeln des Verfahrensrechts vorgenommen wurde und an den Formalien die materielle Gerechtigkeit häufig scheiterte, fand im Laufe der Entwicklung des Strafprozesses eine Abkehr von der Herrschaft der Form statt, wenn dies auch nicht in einer einheitlichen Entwicklung, sondern, wie aufgezeigt, teilweise in gegenläufigen Strömungen vor sich ging. Dieses Sich-Abwenden von der einseitigen Überbewertung des Formellen beruhte auf einer allgemeinen geistigen Entwicklung, insbesondere einer Veränderung des Menschenbildes, die im Laufe der Jahrhunderte immer mehr von einer unbedingten Formgebundenheit zu einer Lockerung entbehrlicher Formen führte.

Die Auflockerung von Formalien kann auf verschiedenen Ursachen beruhen. Sie kann durch eine veränderte Gesetzgebung innerhalb der Strafprozeßordnung, aber auch durch eine Änderung übergeordneter Verfassungsnormen herbeigeführt werden, wie etwa durch neue Verfassungsgarantien von Rechtsschutznormen. Sie kann auch auf einer allgemeinen technischen Entwicklung fußen, die eine geringere Formenstrenge notwendig macht oder ausreichen läßt. Die Auflockerung kann aber auch in einer veränderten Sicht des Richters von Formalien und ihrer Bindungswirkung gegenüber der materiellen Gerechtigkeit begründet sein.

Die Auflockerung gesetzlicher Formalien kann durch die Erweiterung der Überprüfbarkeit von Entscheidungen geschehen, indem die Gerichte formale Bindungen, wie Rechtsmittelverzicht, Rechtskraft oder das Fehlen eines ordnungsgemäßen Rechtsmittelangriffes umgehen; sie ist auch durch Auslegung zwingender Form- und Fristvorschriften möglich. Auch kann die Einhaltung von Formen, Fristen und Terminen fingiert werden. Eine weitere Möglichkeit der Einschränkung von Formalien besteht in der erweiterten Auslegung und Anwendung von Wiedereinsetzungsbestimmungen. Hier kann die Rechtsprechung durch Ausdehnung des Begriffes des unabwendbaren Zufalls bei Fristversäumnissen "helfen".

Während mit dem Institut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand der Gesetzgeber ein Regulativ geschaffen hat, um Ungerechtigkeiten durch Versäumnis prozessualer Formalien durch die Wiedereinsetzung zu verhindern und die Rechtsprechung mehr oder weniger an den vom Gesetzgeber festgelegten Rahmen gebunden ist, handelt es sich bei den aufgezeigten Auflockerungen formeller Bestimmungen um einen von der Gesetzgebung losgelösten Akt freier Rechtschöpfung. Die Gerichte nehmen eine "Selbstkorrektur der Gerechtigkeit" vor[46].

---

46) so VG Berlin, JR 55, 35 (36)

Die Verletzung von Formalien im Strafprozeß ist auf vielfache Weise möglich. Eine abschließende Aufzählung aller Eventualitäten, durch die Formalien verletzt werden können, erscheint angesichts der Vielzahl der Lebenssachverhalte ausgeschlossen. Es ist daher hinsichtlich der Einzelheiten auf die untersuchte Rechtsprechung zu verweisen.

Der Konflikt zwischen den formalen Bestimmungen des Prozesses, die ein wesentliches Element für die Rechtssicherheit darstellen und der materiellen Gerechtigkeit, die oft ein Hinwegsehen über die Formvorschriften verlangt, kommt jeden Tag in einer Vielzahl von Fällen auf die Gerichte zu. Die meisten aus diesem Konflikt hervorgehenden Entscheidungen werden nicht publiziert, weil sie nicht von Obergerichten gefällt werden oder weil die Gerichte die Generalisierung von Entscheidungen, die auf den Einzelfall abgestellt sind, vermeiden wollen. Hinzu kommt, daß gegen die Gewährung der Wiedereinsetzung kein Rechtsmittel gegeben ist. Außerdem ist die Behauptung, daß ein Gericht zu Unrecht die Wahrung einer Form oder Frist angenommen habe, selten Gegenstand einer Verfahrensrüge. Meist wird die Staatsanwaltschaft als "Gegenpartei" - erfahrungsgemäß beruhen die meisten Verstöße gegen Formalien auf dem Verhalten des Angeklagten - sich im Interesse der Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit der Großzügigkeit des Gerichts anschließen und auf ein Rechtsmittel verzichten.

Dennoch werden in erheblichem Umfang Entscheidungen publiziert, die Formalien betreffen. Die einschlägigen Entscheidungssammlungen und Zeitschriften enthalten eine Vielzahl diese Problematik betreffende Entscheidungen. Ob diese eine bestimmte Tendenz enthalten, ob sich erkennen läßt, daß die Rechtsprechung immer mehr dazu neigt, zwingende Formvorschriften zu umgehen, um der materiellen Gerechtigkeit nicht im Wege zu stehen, soll diese Untersuchung zeigen. Sie wird dabei insbesondere Entscheidungen berücksichtigen, die in der Zeit nach 1945 von deutschen Gerichten gefällt und publiziert wurden. Der Zeitraum ab 1945 wurde deshalb gewählt, weil einerseits die Untersuchung der gesamten deutschen Rechtsprechung seit Bestehen der StPO den Rahmen einer Dissertation sprengen würde, andererseits, weil die Zeit nach 1945 auch in der Rechtsprechung im Verhältnis der Formalien zur materiellen Gerechtigkeit eine Zäsur erkennen läßt. Wie bereits erwähnt, ist die Lösung des Konflikts zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit auch von den jeweiligen politischen Umständen abhängig. Nachdem die Zeit des Nationalsozialismus die Schutzfunktion und den Eigenwert prozessualer Formvorschriften aus seiner totalitären Sicht des Strafprozesses und der absoluten Unterordnung des Menschen unter den Staat vernachläßigt hatte [47], setzte nach 1945 eine neue Betrachtungsweise der Formalien ein.

---

47) vgl. Nachweise bei E. Schmidt, LK I, Rdnr. 22

Eine Untersuchung, die eine bestimmte Tendenz in der Rechtsprechung feststellen will, kann aber auf den Vergleich mit der Judikatur, die vor dem eigentlichen Untersuchungszeitraum ergangen ist, nicht gänzlich verzichten. So befaßt sich die Arbeit in gewissem Umfang auch mit der Rechtsprechung aus der Zeit vor 1945 - insbesondere der des Reichsgerichts, wobei insoweit weitgehend auf die vorherrschende Tendenz, weniger dagegen auf einzelne, davon abweichende Entscheidungen eingegangen wird.

Methodisch erfolgt die Untersuchung so, daß eine getrennte Prüfung von fünf wesentlichen formellen Komplexen erfolgt: Fristen, Formen, Termine, Bestimmungen des Wiedereinsetzungsrechts und einige Vorschriften und Grundsätze im Zusammenhang mit den Anforderungen von prozessualen Erklärungen sollen in dem oben aufgezeigten Rahmen näher erörtert werden.

Innerhalb der fünf Einzelkapitel gliedert sich die Untersuchung nach den verschiedenen Möglichkeiten der Auflockerung von Formalien, wie sie immer wieder in der Rechtsprechung akut geworden sind. Die Reihenfolge der untersuchten Einzelprobleme ist an der logischen Einordnung der jeweiligen Auflockerungsmöglichkeiten in ein abstraktes System, nicht an tatsächlich aufgetretenen Auflockerungstendenzen orientiert.

Die Untersuchung der einzelnen aufgezeigten Probleme erfolgt zunächst in einem Vergleich der bis 1945 ergangenen Rechtsprechung zu den nach diesem Zeitpunkt erlassenen Entscheidungen. Innerhalb des eigentlichen Untersuchungsraumes geht die Darstellung der Entscheidungen in chronologischer Reihenfolge vor, sofern sich innerhalb dieses Zeitraumes Änderungen in der Rechtsprechung ergeben haben. Ist die Auffassung der Rechtsprechung zu einer Frage gleichgeblieben, so erfolgt die Darstellung weitgehend ohne Rücksicht auf die zeitliche Reihenfolge der erlassenen Entscheidungen. Anschließend wird versucht festzustellen, ob sich aus diesem Auffassungswandel zu Einzelfragen eine auf Auflockerung von Formalien gerichtete Tendenz der Rechtsprechung herleiten läßt und ob sich die jeweiligen Entscheidungen mit dem Gesetz vereinbaren lassen.

TEIL 2:

ÜBERSICHT ÜBER DIE FORMALIEN BETREFFENDE RECHTSPRECHUNG SEIT 1945

I. Die Auflockerung von formellen prozessualen Bestimmungen kann sowohl durch Auslegung dieser Vorschriften als auch durch ein Sich-darüber-hinwegsetzen durch Fiktionen erfolgen.
Zunächst seien diese Möglichkeiten durch die Rechtsprechung zu verschiedenen Fristvorschriften aufgezeigt. Fristvorschriften können umgangen werden, indem der Eintritt des fristauslösenden Ereignisses eingeschränkt oder das Fristende hinausgezögert wird - etwa durch Vorverlegung des Eingangs - oder indem eine Frist einfach nicht beachtet wird.
Eine Frist ist ein Zeitraum, innerhalb dessen eine Prozeßhandlung vorzunehmen ist oder in dem die Möglichkeit zur Vorbereitung auf bestimmte prozessuale Ereignisse gegeben ist [48]. Die Frist wird gewahrt, wenn die betreffende prozessuale Handlung rechtzeitig von der berechtigten Person durchgeführt wird und innerhalb des von ihr begrenzten Zeitraumes zur Kenntnis der zuständigen Stelle gelangt [49].
Eine Fristverletzung mit den aus den einzelnen prozessualen Bestimmungen sich ergebenden Folgen liegt demnach bei Fehlen einer der obengenannten Voraussetzungen vor, sei es durch eine mangelnde Berechtigung, die fristwahrende Handlung vorzunehmen, sei es durch Überschreiten des Zeitraumes oder sei es durch Vornahme der Handlung gegenüber einer unzuständigen Stelle.

A. Die Einschränkung von Fristbestimmungen geschieht durch Verneinung des fristauslösenden Ereignisses mit der Folge, daß eine Fristüberschreitung nicht in Betracht kommt.

1. So hat die Rechtsprechung die Möglichkeit, das den Fristbeginn auslösende Ereignis als unwirksam anzusehen. Um die Berufungsbegründungsfrist nach § 317, die Revisionsbegründungsfrist nach § 345 oder die Einspruchsfrist nach § 409 in Lauf zu setzen, bedarf es der Zustellung des Urteils. Das Zustellungsverfahren ist an gewisse Förmlichkeiten gebunden. Nach § 37, I gelten für das Zustellungsverfahren die Vorschriften der Zivilprozeßordnung entsprechend. Die Rechtsprechung hat jedoch die Anforderungen für eine ordentliche Zustellung gegenüber den Erfordernissen, die die Zivilprozeßordnung aufstellt, wesentlich modifiziert. Da-

---

48) so Schmidt, LK II, Vorbem. 1 vor § 42 mit Nachw.
49) Schwarz-Kleinknecht, Vorbem. 4 vor § 42

durch wird im Ergebnis erreicht, daß das die Frist auslösende Ereignis als nicht eingetreten angesehen wird und damit eine Fristversäumnis nicht stattfindet.

a) Eine in Rechtsprechung und Lehre sehr umstrittene Frage bezieht sich auf die Zulässigkeit von Ersatzzustellungen nach § 181 ff. ZPO im Rahmen der Strafprozeßordnung. Während § 37 in seiner Verweisung diese Vorschriften nicht ausnimmt, hält ein Teil der Rechtsprechung die auf diese Art bewirkte Zustellung im Strafverfahren für unwirksam mit der Folge, daß eine Fristversäumnis nicht möglich ist.
Die Frage der Anwendbarkeit von Zustellungsbestimmungen der ZPO auf die StPO wirft die grundsätzliche Frage nach dem Umfang der Geltung von Vorschriften anderer Prozeßordnungen kraft Verweisung auf. Ihr kann hier nicht näher nachgegangen werden. Soviel ist jedoch hier auszuführen: Fristversäumnisse im Rahmen der Strafprozeßordnung, die durch ihren Zweck verfehlende Ersatzzustellungen - Zustellungsfiktionen - verursacht werden, können sich im Strafprozeß für den Betroffenen viel verhängnisvoller auswirken als im Zivilprozeß. Wohl kann auch dort die Prozeßpartei durch die dadurch herbeigeführte prozessuale Situation in ihrer bürgerlichen Existenz bedroht sein; es ist dort aber der Ausnahmefall, während im Strafprozeß die Gefahr des "Vorbestraftseins" infolge der Unmöglichkeit, einen Rechtsbehelf durchzuführen, zum Regelfall wird [50].

Fragen der Zulässigkeit der Ersatzzustellung treten insbesondere bei §§ 232, IV, 233, 329, 409 und 412 auf.

aa) Nach § 232 IV muß das in Abwesenheit des Angeklagten gegen ihn ergangene Urteil ihm mit Urteilsgründen "durch Übergabe" zugestellt werden. In der Rechtsprechung ist die Frage umstritten, ob dies eine Übergabe an den Angeklagten persönlich voraussetzt oder ob die Aushändigung auch an die in §§ 181, 183 ZPO bezeichneten Personen erfolgen kann. Dies würde bedeuten, daß § 232 IV lediglich die Ersatzzustellung durch Niederlegung der Zustellungsurkunde nach § 182 ZPO ausschließen würde.
Während aus der Rechtsprechung aus der Zeit vor 1945 angesichts der Tatsache, daß § 232 II erst am 13. August 1942 eingeführt wurde, keine sich mit diesem Problem auseinandersetzende Rechtsprechung ersichtlich ist, waren in den Nachkriegsjahren unterschiedliche Auffassungen in verschiedenen Entscheidungen aufgetreten. Ein Teil der Rechtsprechung berief sich im wesentlichen darauf, daß bei dem Erfordernis der Zustellung an den Angeklagten durch Übergabe an ihn selbst es der Angeklagte mehr oder weniger in der Hand habe, die Zustellung und damit den Eintritt der Rechtskraft nach Fristablauf zu verhindern. § 232 regele das Verfahren gegen einen Angeklagten, der seiner Pflicht zum Erscheinen

50) vgl. Peters, Individualgerechtigkeit, S. 195

in der Hauptverhandlung nicht nachkomme und bei dem daher die Besorgnis bestehe, daß er sich überhaupt der Strafverfolgung zu entziehen suche [51]. Da die schriftliche Zustellung des Urteils ohnehin nicht in gleicher Weise wie seine mündliche Verkündigung die Kenntnis des Angeklagten von dem Urteil erreiche, müsse es daher genügen, wenn naheliegende und unschwer zu verwirklichende Möglichkeiten eröffnet würden, den Angeklagten von der gegen ihn ergangenen Entscheidung Kenntnis erlangen zu lassen; die Zustellung nach § 181 ZPO bringe das Urteil in den engsten Lebensbereich des Angeklagten. Die Gefahren, die durch die Nichtaushändigung des Urteils an den Angeklagten selbst entstehen könnten, glaubt diese Rechtsprechung mit dem Recht der Wiedereinsetzung ausräumen zu können [52].

Demgegenüber lehnten andere Gerichte [53] diese Auffassung ab. Sie vertraten die Meinung, daß nur die Zustellung an den Angeklagten persönlich den Zustellungszweck, nämlich die Bekanntgabe an ihn erreiche. Dem Betroffenen müsse das Urteil genau so zur Kenntnis gebracht werden, wie wenn er in der Hauptverhandlung anwesend gewesen wäre. Nur die Übergabe an ihn persönlich gewährleiste dies. Die Ersatzzustellung an die in §§ 181, 183 ZPO bezeichneten Personen sei in Anbetracht des erheblichen Eingriffes der ausgesprochenen Strafe zu gefährlich [54].

Der BGH [55] hat diesem Streit in der Rechtsprechung ein Ende gesetzt und sich der Auffassung angeschlossen, nach der auch die Ersatzzustellung nach §§ 181, 183 ZPO eine Zustellung durch Übergabe darstellt. Dabei tritt er den Bedenken gegen eine Ersatzzustellung entgegen, indem er die damit verbundenen Gefahren als geringfügig bezeichnet. Auch die Ersatzzustellung sei eine Zustellung "durch Übergabe", soweit nicht eine Zustellung durch Niederlegung angestrebt sei. Der BGH vermeidet es, in seiner Entscheidung auf grundsätzliche Erwägungen zur Form einzugehen, sondern versucht im Wege der Gesetzesinter-

---

51) BGH St 11, 152 (156) = NJW 58, 509 v. 21.1.58 -g.S.1 StR 236/57, OLG Oldenburg, JZ 56, 290 v. 29.11.55 -Ws 308/55, OLG Hamm, JZ 56,727 v. 14.6.56- 2 Ss 213/56, LG Wuppertal, NJW 57, 275 v. 14.11.56 -12 Qs 264/56, Schlesw. Holst. OLG, GA 58/285 v. 12.11.57 -Ws 373/57

52) so insbesondere OLG Hamm, JZ 56, 727 v. 14.6.56 - 2 Ss 213/56

53) OLG Bremen, NJW 55, 643 v. 24.8.54 - Ws 195/54, OLG Koblenz, JZ 56, 725 v. 3.5.56 - Ss 161/56, OLG Düsseldorf, NJW 56, 641 = JMBl NRW 56, 11 v. 25.10.55 - (1) Ss 569/55

54) vgl. insbes. OLG Düsseldorf, Anm. 53

55) BGH St 11, 152 = NJW 58, 509 v. 21.1.58 - g.S. 1 StR 236/57

pretation seine Auslegung zu rechtfertigen [56].
Während bis zu diesem Urteil ein Teil der Gerichte die Auffassung vertrat, daß nur die persönliche Übergabe eine Übergabe i. S. von § 232 IV darstelle, gab die Rechtsprechung nunmehr diese dem Zustellungsempfänger im Ergebnis günstige Auffassung auf. Eine Verwerfung wegen Fristversäumnisses konnte nach einem Teil der Rechtsprechung nicht erfolgen, wenn das zuzustellende Schriftstück an einen Angehörigen übergeben worden war und dieser es erst dem Angeklagten aushändigte. Seit 1958 wird dagegen die Übergabe an eine der in §§ 181, 183 ZPO bestimmten Personen als wirksame, die Frist auslösende Zustellung angesehen.
Somit ist festzustellen, daß die Rechtsprechung heute diese formale Bestimmung im Ergebnis zugunsten der Rechtswirksamkeit einer Ersatzzustellung und zuungunsten einer weiteren Überprüfung auslegt, obwohl verschiedene Gerichte zeitweise die gegenteilige Auffassung vertreten hatten.

bb) Bei § 233 stellt sich die Frage, ob das mit Zustimmung des Angeklagten in dessen Abwesenheit ergangene Urteil in entsprechender Anwendung von § 232 IV durch Übergabe zugestellt werden muß. Während in der Rechtsprechung bis 1945 Stellungnahmen nicht ersichtlich sind, war die überwiegende Anzahl der Gerichte [57] in den ersten Nachkriegsjahren der Auffassung, daß unter Anwendung von § 232 IV auf § 233 die Ersatzzustellung ausgeschlossen sei und betonte, die Übergabe müsse persönlich an den Angeklagten erfolgen. Diese Auffassung

---

56) In der Literatur wird teilweise die eine, teilweise die andere Meinung vertreten. Während Peters, JZ 56, 726 der Auffassung ist, daß das Erfordernis der persönlichen Übergabe das Zustellungsverfahren kompliziere, ohne daß die Rechtsstellung des Angeklagten dies erfordere, vertritt Janetzke, NJW 56, 620, die Meinung, daß eine persönliche Übergabe unumgänglich sei. Oppe, NJW 61, 1800, Haberkorn, NJW 60, 902 und Schorn, Strafbefehlsverfahren, S. 86 ff., halten die Zustellung durch Übergabe im Wege der Ersatzzustellung nach §§ 181, 183 ZPO für zulässig, schließen aber eine Zustellung nach § 182 aus. Von der Kommentar-Literatur sind Sax in KMR, § 232, Anm. 7 b, Schwarz-Kleinknecht, § 232, Anm. 6 B und Geier, Löwe-Rosenberg, § 232, Anm. 6 ebenfalls der Auffassung, daß dem Übergabeerfordernis durch eine Zustellung nach §§ 181, 183 ZPO Genüge getan sei. E. Schmidt, § 232, Rdnr. 20 fordert eine persönliche Übergabe, geht aber auf die Problematik der Zustellung nach §§ 181, 183 ZPO nicht ein.

57) OLG Stuttgart, JZ 53, 415 v. 15. 4. 53 - Ws 68/53, OLG Bremen, NJW 55, 643 v. 24. 8. 54 - Ws 195/54, Schlesw. Holst. OLG SchlHA 56, 85 v. 12. 12. 55 Ws 390/55, OLG Düsseldorf, NJW 56, 641 v. 25. 10. 55 - (1) Ss 569/55, OLG Köln, NJW 56, 642 v. 31. 1. 56 - Ws 47/56

wurde mit der Ausdehnung des Schutzzweckes des § 232 IV auf § 233 begründet. Der Angeklagte solle bei einem in seiner Abwesenheit gegen ihn ergangenen Urteil über dieses sicher unterrichtet werden. Diese Sicherheit glaubte man nur durch eine Zustellungsform erreichen zu können, bei der die Ersatzzustellung ausgeschlossen war. Demgegenüber vertrat das OLG Hamm [58] die Meinung, daß eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 232 IV auf § 233 nicht möglich sei, weil der gesetzgeberische Zweck von § 233 eine derartige Analogie nicht gebiete.

Auch diesen Streit beendet die bereits zitierte Entscheidung des BGH in BGH St 11, 152. Diese stellt den strukturellen Unterschied zwischen § 232 und § 233 heraus, ohne grundsätzlich zu Formproblemen Stellung zu nehmen. Sie sucht die Entscheidung im Wege der Gesetzesinterpretation, insbesondere unter Berücksichtigung des Willens des Gesetzgebers zu stützen.

Eine abweichende Auffassung ist seit der Entscheidung des BGH nicht mehr bekannt geworden. Die Kommentar-Literatur folgt dieser Auffassung [59].

Anhand dieser Rechtsprechung läßt sich eine die Möglichkeit weiterer Überprüfung einschränkende Tendenz erkennen. Während der größere Teil der Nachkriegsrechtsprechung bis zum Jahre 1958 eine analoge Anwendung von § 232 IV auf § 233 für möglich hielt, was häufig dazu führte, daß mangels einer wirksamen Zustellung die Frist nicht zu laufen begann und eine Fristversäumnis daher ausschied, setzte die Entscheidung des BGH vorläufig dieser Rechtsprechung ein Ende.

b) Bei Zustellung von Strafbefehlen und Strafverfügungen besteht heute in der Rechtsprechung Streit, in welcher Form eine Ersatzzustellung zulässig ist, insbesondere, ob sie nach § 182 ZPO erfolgen kann.

Während in der Rechtsprechung vor 1945 stillschweigend in Rechtsprechung und Literatur von der Zulässigkeit der Ersatzzustellung in diesem Verfahren ausgegangen worden war, bahnte sich in der Nachkriegsrechtsprechung ein grundsätzlicher Wandel an. So hielt eine Vielzahl von Land- und Oberlandesgerichten [60]

---

58) NJW 56, 1809 v. 26.6.56 - 3 Ws 150/56

59) Geier in Löwe-Rosenberg, § 233, Anm. 5, Sax in KMR, § 233, Anm. 9, Schwarz-Kleinknecht, § 233, Anm. 6, Dalcke-Fuhrmann, § 233, Anm. 10

60) LG Wuppertal, NJW 57, 275 v. 14.11.56 - 12Qs 264/56
LG Dortmund, NJW 57, 1731 v. 19.9.57-14 (2) Qs 175/57
LG Münster, JMBl NRW 58, 115 v. 14.4.58 - 7 Qs 1/58
LG Kaiserslautern, NJW 58, 153 v. 9.10.57 - Qs 179/57
OLG Köln, NJW 58, 1505 v. 18.4.58 - Ss 70/58
OLG Stuttgart, NJW 58, 2028 v. 25.7.58 - 1 Ss 416/58
KG, JR 58, 349 = NJW 58, 1985 v. 10.7.58 - (2) 1 Ss 163/58
OLG Hamburg, VRS 15, 449 v. 17.10.58 - Ws 588/58

die Zustellung des Strafbefehls im Wege der Ersatzzustellung nach § 182 für unzulässig. Bemerkenswert ist, daß dies teilweise unter entsprechender Anwendung von § 232 IV, teilweise unter Auslegung von § 37 geschah. Letztere Meinung berief sich auf die Fassung von § 37, nach der die Zustellungsvorschriften der ZPO nur sinngemäß gelten. Diese könnten insoweit keine Anwendung finden, als sie sich mit den Zwecken und Belangen, auf die, abweichend vom Zivilverfahren, im Strafprozeß Bedacht zu nehmen ist, nicht vereinbaren ließen. Eine Vorschrift wie § 182 ZPO sei daher im Strafprozeß in gewissen Grenzen anwendbar, die sich nur aus der Natur der Sache in Anbetracht der durch einen Strafbefehl auszusprechenden Strafe ergäben [61]. Bei § 182 ZPO handele es sich um eine Zustellungsfiktion, ohne die im Zivilprozeß im Hinblick auf seine Struktur nicht auszukommen sei. Dagegen könne im Strafverfahren, wo es um höchste Rechtsgüter, wie Freiheit, Ehre und Integrität gehe, eine Entscheidung nicht rechtskräftig werden, bevor sie dem Betroffenen nicht tatsächlich bekannt geworden oder zumindest in seinen engsten Lebensbereich gebracht worden sei. Daß das Gesetz die Zustellungsform nicht näher geregelt habe, stehe dem Ausschluß der Ersatzzustellung nicht entgegen.

Andere Entscheidungen stützten sich darauf, daß die gesetzgeberischen Gesichtspunkte, die zur Einführung von § 232 IV geführt haben, in Anbetracht des im Strafbefehlsverfahren möglichen Strafmaßes noch in weit höherem Umfang für den Ausschluß der Ersatzzustellung beim Strafbefehl [62] als beim Abwesenheitsurteil nach § 232 sprächen.

Nachdem der BGH mit Beschluß vom 3. 6. 59 [63] in einer Entscheidung zum Strafverfügungsverfahren dort die Zulässigkeit der Ersatzzustellung nach § 182 ZPO bejaht hat - darauf wird in anderem Zusammenhang näher eingegangen werden - haben die eine gegenteilige Auffassung vertretenden Entscheidungen abgenommen. Dennoch ergehen immer noch Gerichtsentscheidungen, die die Zulässigkeit der Ersatzzustellung im Strafbefehlsverfahren verneinen. So hat beispielsweise das LG Karlsruhe [64] seine abweichende Meinung gegenüber dem BGH damit begründet, daß zwischen dem Strafverfügungsverfahren, das Gegenstand der BGH-Entscheidung war und dem Strafbefehlsverfahren ein erheblicher Unterschied bestehe. Aus dem Beschluß geht jedoch hervor, daß das Landgericht dies lediglich als Vorwand benutzte, um dem BGH die Gefolgschaft versagen zu können. In seiner Begründung verwendet das LG Argumente, die in gleichem

61) so insbes. KG s. Anm. 60

62) so insbes. OLG Köln, s. Anm. 60

63) BGH St 13, 182 = NJW 59, 1741 = MDR 59, 941 - 4 StR 17 1/59

64) GA 62, 60 v. 19. 5. 61 - 1 Qs 89/61

Maße gegen das Strafbefehls- wie das Strafverfügungsverfahren sprechen [65].

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1965 hob das LG Waldshut [66] ebenfalls den Unterschied zum Strafverfügungsverfahren, insbesondere den höheren Strafrahmen hervor. Seine von der Meinung des BGH abweichende Auffassung stützte es außerdem auf das StPÄG vom 19.12.1964 [67], aus dem sich der Grundsatz und die Tendenz ergäben, die Rechte des Angeklagten zu erweitern. Damit sei nicht zu vereinbaren, daß ein Strafbefehl rechtskräftig werden könne, ohne daß der Beschuldigte davon Kenntnis erlangt habe, was die Zustellung nach § 182 in sich berge. Das LG Hannover [68] hat sich neuerdings ebenfalls gegen die Zulässigkeit der Zustellung nach § 182 ZPO ausgesprochen.

Demgegenüber vertritt heute der größere Teil der Rechtsprechung die Auffassung, daß der Strafbefehl auch durch Niederlegung wirksam zugestellt werden könne. Während in den Jahren 1957 bis 1959 lediglich einige Landgerichte [69] die Zustellung des Strafbefehls nach § 182 ZPO für zulässig gehalten hatten, wurde diese Auffassung im Anschluß an die bereits erwähnte Entscheidung des BGH zum Strafverfügungsverfahren aus dem Jahre 1959 [70] zur herrschenden Meinung in der Rechtsprechung [71]. Diese stützt sich im wesentlichen darauf, daß die vom BGH angeführten Erwägungen zum Strafverfügungsverfahren auch für den Strafbefehl zuträfen. Der Argumentation der Gegenauffassung, die sich darauf beruft, daß nicht gewährleistet sei, daß der Beschuldigte vor Rechtskraft des Strafbefehls von dem gegen ihn laufenden Verfahren erfahre, tritt die Rechtsprechung

---

65) Es betont die Unsicherheit des summarischen Verfahrens wegen des möglichen Fehlens des rechtlichen Gehörs und die Gefahr, daß ein bei der Post niedergelegter Strafbefehl vor Kenntnisnahme durch den Beschuldigten rechtskräftig werden könne. So insbesondere a. a. O., S. 61

66) NJW 66, 216 v. 13.10.65 - Qs 89/65; diese Entscheidung wurde vom OLG Karlsruhe aufgehoben.

67) BGBl I, 1067

68) NJW 68, 416 v. 31.8.67 23 Qs 84, 139/67

69) LG Essen, NJW 56, 1249 v. 23.6.56 - 30 Qs 150/56
LG Frankfurt, NJW 58, 1055 v. 22.2.58 - 5/7 Qs 21/58

70) s. Anm. 63

71) OLG Hamm, GA 61, 319 v. 11.4.61 - 1 Ss 276/61 und JMBl NRW 65, 102 v. 5.2.65 - 3 Ss 1575/64, OLG Celle Nds Rpflg 63, 237 v. 21.3.63 - 1 Ss 543/62, LG Karlsruhe, NJW 66, 64 v. 1.3.65 - 1 Qs 147/64, wo das LG von seiner bislang vertretenen gegenteiligen Auffassung abrückt. LG Krefeld, NJW 66, 2078 v. 12.5.66 2 Qs 169/66, OLG Karlsruhe, NJW 67, 458 v. 4.11.66 - 2 Ss 62/66

mit dem Hinweis entgegen, daß der Beschuldigte durch die polizeiliche Vernehmung vorgewarnt sei und mit einer Zustellung rechnen müsse. Er könne daher Vorsorge tragen, daß die Zustellung ihn erreiche [72]. Was die Argumentation des LG Waldshut [73] angeht, das StPÄG verlange den Ausschluß der Ersatzzustellung, so widerspricht das LG Krefeld [74] dieser Auffassung. Das neue Verfahrensrecht lasse eine Umstrukturierung des Verfahrens, das ein Abweichen von den vom BGH entwickelten Grundsätzen rechtfertige, nicht erkennen. Auch das Bundesverfassungsgericht [75] und das Bayerische Verfassungsgericht [76] halten eine Ersatzzustellung nach § 182 ZPO beim Strafbefehl für zulässig.

Auf dem Gebiet der Zustellung von Strafverfügungen ist die Zulässigkeit der Ersatzzustellung ebenfalls umstritten [77]. Das OLG Hamburg [78] verneinte in einer Entscheidung aus dem Jahre 1958 die Zulässigkeit der Ersatzzustellung durch Niederlegung der Strafverfügung, ebenso wie die damals herrschende Rechtsprechung zum Strafbefehlsverfahren.

Der grundsätzliche Wandel in der Rechtsprechung tritt mit der Entscheidung BGH St 13, 182 [79] ein. In diesem Beschluß rechtfertigt der BGH die Zulässigkeit der Ersatzzustellung nach § 182 ZPO mit dem Fehlen einer dem § 232 IV entsprechenden Vorschrift. Da der Angeklagte, bevor eine Strafverfügung gegen ihn erlassen werde, nach § 413 I verantwortlich vernommen worden sei, könne von ihm erwartet werden, daß er Vorsorge treffe, damit die Zustellung ihn erreiche. Außerdem sei die Form der Zustellung nach § 182 ZPO im Ergebnis ebenso sicher wie die nach § 181 ZPO, wo der Adressat von der Vertrauenswürdigkeit anderer Personen abhängig sei. Wollte man die Zulässigkeit der Ersatzzustellung verneinen, so liefe der gescheiterte Zustellungsversuch letzten Endes darauf hinaus, daß man auf die öffentliche Zustellung nach § 40 angewiesen sei. Ihr gegenüber verdiene die Zustellung nach § 182 ZPO den Vorrang. Eine abweichende Auffassung ist zur Frage der Zustellung von Strafverfügungen in der Rechtsprechung

---

72) so insbes. LG Karlsruhe, Anm. 71

73) NJW 66, 216 v. 13.10.65 - Qs 89/65

74) NJW 66, 2078 v. 12.5.66 - 2 Qs 169/66

75) NJW 69, 1103 v. 21.1.69 (für die Strafverfügung) und NJW 69, 1531 v. 9.7.69 (für den Strafbefehl)

76) GA 64, 50 (52) v. 7.10.63 Vf - 12 - VI - 62

77) einige Entscheidungen treffen in dieser Frage keine Unterscheidung zwischen Strafbefehls- und Strafverfügungsverfahren, so LG Münster, s. Anm. 60

78) NJW 58, 2077 = VRS 15, 449 v. 17.10.58 - Ws 588/58

79) s. Anm. 63

seitdem nicht mehr ersichtlich [80] [81].
Zusammenfassend läßt sich zur Frage der Ersatzzustellung von Strafbefehl und Strafverfügung folgendes feststellen:

---

80) vgl. das KG, VRS 18, 296 v. 25.2.60 - 1 Ss 455/59

81) Die Literatur zu der Frage der Ersatzzustellung ist weitgehend uneinheitlich. Während Schwarz-Kleinknecht, § 37, Anm. 3, Müller in KMR, § 409, Anm. 5 und Schäfer in Löwe-Rosenberg, § 409, Anm. 3 b, der Auffassung des BHG folgend die Ersatzzustellung nach § 182 ZPO für zulässig halten, vertreten E. Schmidt, LK II, § 409, Rdnr. 11, Dünnebier in Löwe-Rosenberg, § 37, Anm. 5 c für den Fall, daß der Strafbefehl oder die Strafverfügung eine Freiheitsstrafe ausspricht und Dalcke-Fuhrmann, § 409, Anm. 4 die Ansicht, daß die Ersatzzustellung nach § 182 ZPO ausgeschlossen sei. Letztere Auffassung weist auf die Gefahren hin, die eine Ersatzzustellung mit sich bringt. Janetzke, NJW 56, 620 hält im Strafbefehlsverfahren die persönliche Übergabe - also den Ausschluß der Ersatzzustellung sowohl nach § 182 ZPO als auch nach §§ 181/183 ZPO - für erforderlich. Es müsse verhindert werden, daß die Rechtskraft eintreten könne, ohne daß der Angeklagte den Strafbefehl zu Gesicht bekommen habe. Für den Fall, daß nur nicht registerpflichtige Übertretungen mit Geldstrafe geahndet werden, sei allerdings eine Ausnahme von diesem Grundsatz möglich.
Andere Verfasser lehnen nur die Zulässigkeit der Ersatzzustellung durch Niederlegung ab. Oppe, NJW 61, 1800, stützt seine diese Zustellungsart ausschließende Ansicht unmittelbar auf § 37; eine analoge Anwendung von § 232 sei nicht erforderlich, Schorn, Strafbefehlsverfahren, S. 86 ff., Haberkorn, NJW 60, 902 u. NJW 60, 2085 und Kratz, JBl Saar 67, 3 halten ebenfalls die Ersatzzustellung durch Niederlegung für unzulässig. Die sei die unsicherste Art der Zustellung. Die mit ihr verbundenen Gefahren für den Beschuldigten verböten ihre Anwendung, da die Gedanken, die zur Einführung von § 232 IV geführt hätten, erst recht auf § 409 zuträfen. Der Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs verbiete diese Art der Zustellung. Zustellungsfiktionen seien im Strafverfahren angesichts der Erheblichkeit des Eingriffes unzulässig.
Demgegenüber bejaht Janiszewski, NJW 60, 2084 im Anschluß an BGH St 13, 182 die Zulässigkeit der Ersatzzustellung nach § 182 ZPO. Er weist auf die gleichgelagerte Situation bei Strafbefehl und Strafverfügung und auf die Erfahrungen mit der Ersatzzustellung in der Praxis hin, die abgesehen von einem zahlenmäßig geringen Personenkreis, der die Zustellung vereiteln wolle, beweise, daß die niedergelegten Schriftstücke abgeholt werden. Der Beschuldigte sei durch die vorher erfolgte Vernehmung vorgewarnt und müsse sich daher um die Abholung niedergelegter Schriftstücke kümmern.

Während die Rechtsprechung vor 1945 und in den ersten Nachkriegsjahren stillschweigend von der Zulässigkeit der Ersatzzustellung ausgegangen ist, bestand bei einem großen Teil der Gerichte seit etwa 1955 die Tendenz, zumindest die Ersatzzustellung durch Niederlegung nach § 182 ZPO [82] für unwirksam zu erklären. Dadurch begann die Rechtsbehelfsfrist nicht zu laufen. Diese Rechtsprechung bewirkte einen stärkeren Schutz des Angeklagten vor Überraschungsentscheidungen. Strafverfügungen und -behelfe sollten nicht vor Kenntnisnahme des Angeklagten rechtskräftig werden dürfen.
Diese Tendenz, der einige Gerichte entgegentreten, wurde durch die Entscheidung BGH St 13, 182 im Jahre 1959 beendet. In dieser Entscheidung nimmt der BGH nicht zu dem grundsätzlichen Problem der Form und zu rechtsstaatlichen Notwendigkeiten Stellung, sondern versucht, im Wege der Auslegung der Zustellungsbestimmungen die von der entgegenstehenden Literatur und Rechtsprechung geltend gemachten Bedenken zu zerstreuen. Die pragmatische Argumentation, die Erfahrung zeige, daß nur selten die Abholung des Schriftstückes unterbleibe, soll die rechtsstaatlichen Bedenken gegen die Zustellung durch Niederlegung überspielen. Indem sich der BGH auf die noch unvollkommenere öffentliche Zustellung als Alternative beruft, zeigt er, daß bei seiner Entscheidung weniger grundsätzliche Erwägungen, als die Aufrechterhaltung einer ihm selbst bedenklich erscheinenden Praxis aus Gründen der Praktibilität eine Rolle spielten. Seine Argumentation geht letzten Endes dahin, daß er eine bedenkliche Form der Zustellung durch eine noch bedenklichere Alternative zu rechtfertigen sucht. Trotz dieser Entscheidung des BGH ergehen immer noch vereinzelt Entscheidungen, die zur Ermöglichung der Überprüfung im Einspruchsverfahren die Unzulässigkeit des Einspruchs wegen Fristversäumnis dadurch vermeiden, daß sie dem BGH die Gefolgschaft versagen und die Ersatzzustellung des Strafbefehls oder der Strafverfügung für unwirksam erklären.

2. Fristvorschriften können auch dadurch umgangen werden, daß Umstände, auf deren Vorhandensein es zur Auslösung der Frist ankommt, von der Rechtsprechung auf einen späteren Zeitpunkt verlegt werden, so daß der Fristbeginn im Ergebnis hinausgezögert wird.
Dies kann dadurch geschehen, daß im Hinblick auf die Zustellung eines Wiedereinsetzungsbeschlusses der Lauf der Rechtsmitteleinlegungsfrist verschoben wird. Beginnt für den Fall, daß die Rechtsmitteleinlegungsfrist versäumt worden war und daher Wiedereinsetzung beantragt wurde, die Rechtsmittelbegründungsfrist

---

82) soweit die Gerichte die Zulässigkeit der Ersatzzustellung nach § 182 ZPO verneinen, lassen sie erkennen, daß sie eine Zustellung nach §§ 181, 183 ZPO für wirksam halten, vgl. LG Wuppertal, s. Anm. 60

erst mit der Zustellung des Beschlusses, der die Wiedereinsetzung gewährt oder schon mit der verspäteten Einlegung des Rechtsmittels, bzw. der Zustellung des Urteils? Diese Frage wird in der Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet.

Das Reichsgericht hatte zu dieser Frage unmittelbar keine Stellung bezogen. Es hatte aber in ähnlich gelagerten Fällen [83] ausgeführt, daß eine Urteilszustellung vor Gewährung der Wiedereinsetzung gegen die Versäumnis der Rechtsmitteleinlegungsfrist die Begründungsfrist nicht in Lauf setze. In der Nachkriegsrechtsprechung hatten zunächst zwei Oberlandesgerichte [84] unter Betonung der Unterschiede zu den vom RG entschiedenen Fällen die Auffassung vertreten, daß die Rechtsmittelbegründungsfrist unabhängig von der Zustellung des die Wiedereinsetzung wegen Versäumnisses der Rechtsmitteleinlegungsfrist gewährenden Beschlusses laufe mit der Folge, daß die Revisionsbegründung im Anschluß an das Wiedereinsetzungsgesuch zu erfolgen hat, ohne daß der Betroffene weiß, ob sein Antrag erfolgreich ist. Demgegenüber vertreten neuere Entscheidungen [85] die Auffassung, daß für den Fall, daß der Angeklagte die Rechtsmitteleinlegungsfrist versäumt und ein Wiedereinsetzungsgesuch gestellt hat, die Zustellung des Urteils aber vor Entscheidung über das Wiedereinsetzungsgesuch erfolgte, die Rechtsmittelbegründungsfrist erst mit der Zustellung des Wiedereinsetzungsbeschlusses in Lauf gesetzt werde. Dies, weil bis zur Entscheidung über das Wiedereinsetzungsgesuch die Frage, ob das Rechtsmittel rechtzeitig eingelegt ist, in der Schwebe und daher eine Revisionsbegründung nicht sinnvoll sei.
Diese Rechtsprechung zeigt seit Mitte der fünfziger Jahre eine Tendenz, die im Ergebnis dem Angeklagten und der Fristeinhaltung und damit der Überprüfbarkeit der Entscheidung entgegenkommt. Während die Entscheidungen des Oberlandesgerichtes Koblenz und des Bayrischen Oberlandesgerichts aus den Jahren 1952 und 1954 ein die Zulässigkeit des Rechtsmittels ausschließendes Fristversäumnis annahmen, wenn der Angeklagte nicht direkt im Anschluß an die Urteilszustellung, ohne die Entscheidung über sein Wiedereinsetzungsbegehren abzuwarten, sein Rechtsmittel begründete, sehen die neueren Entscheidungen aus den Jahren 1954 und 1956 auch in der erst nach Zustellung des Wiedereinsetzungsbeschlusses vorgenommenen Revisionsbegründung noch eine fristwahrende Handlung. Die neuere Rechtsprechung hält die Zustellung des Wiedereinsetzungsbeschlusses - nicht schon das Urteil - für das den Beginn der Revisionsbegründungsfrist auslösende Ereignis. Sie läßt sich mit dem Sinn der Revisionsbegründungs-

---

83) RG St 52, 76 und RG St 76, 280

84) OLG Koblenz, NJW 52, 1229 v. 11.3.52 - Ss 50/52 mit abl. Anm. von Pusinelli, Bay OLG, Bay OLG St 54, 26 = MDR 54 v. 29.3.54 - W Reg 1 St 26/54

85) OLG Celle, NJW 56, 760 = Nds Rpflg 56, 157 v. 2.2.56 - 2 Ss 373/55
OLG Hamm, JMBl NRW 54, 262 = NJW 55, 564 v. 1.2.54 (1) 2 a Ss 1396/53

frist vereinbaren und folgt aus dem Zweck der Revisionsbegründung. Die Kommentar-Literatur folgt der neueren Rechtsprechung 86) 87).

---

86) vgl. Löwe-Rosenberg-Jagusch, § 345, Anm. 1 b, KMR (Sax) § 345, Anm. 4, Schwarz-Kleinknecht, § 342, Anm. 2

87) E. Schmidt, LK II, § 345, Rdnr. 12
Mit der zuvor erörterten Frage wird häufig ein anderes Problem verwechselt, so Jagusch in Löwe-Rosenberg, § 342, Anm. 2, E. Schmidt, LK II, § 343, Rdnr. 3, dagegen KMR (Sax) § 342, Anm. 2 und Schwarz-Kleinknecht, § 342, Anm. 1 und 2, bei dem es um die Möglichkeit geht, Wiedereinsetzung zu beantragen oder ein Rechtsmittel einzulegen oder beides miteinander zu verbinden, wie das in §§ 315, 342, 329 II, 412 II - für diesen Fall vergl. LG Krefeld, JMBl NRW 64, 235 v. 9. 7. 64 - 6 Qs 184/64 - vorgesehen ist. Dort stellt sich ebenfalls die Frage, ob das Rechtsmittel erst mit der Gewährung der Wiedereinsetzung zu begründen ist. In diesem Zusammenhang wird in der Rechtsprechung die Auffassung vertreten - OLG Celle NJW 59, 2177 v. 15. 4. 59 - 2 Ss 505/58 - daß für den Fall der Verwerfung der Berufung nach § 329 I die Revision bereits nach Zustellung des Urteils, nicht erst nach Entscheidung über das gleichzeitig eingelegte, auf § 329 II gestützte Wiedereinsetzungsgesuch zu begründen sei. Bei gleichzeitiger Einlegung von Revision und Wiedereinsetzung bei einem den Einspruch nach § 412 verwerfenden Urteil vertritt die Rechtsprechung die Meinung, daß die Revisionsbegründung innerhalb der an die Einlegung anschließenden Frist stattzufinden habe, ohne daß es auf die Zustellung des Wiedereinsetzungsbeschlusses ankomme, OLG Frankfurt, NJW 64, 1536 = MDR 64, 779 v. 27. 2. 64 - 3 Ws 58/64 - 3 Ss 233/64. Diese Entscheidungen berufen sich zu Recht auf den Wortlaut von § 342 II und weisen auf den Unterschied zu der oben dargestellten Streitfrage hin. Während es dort um die Frage geht, wann die Revisionsbegründungsfrist zu laufen beginnt, wenn der Angeklagte die Einlegungsfrist versäumt und deshalb einen Wiedereinsetzungsantrag gestellt hatte, der zur Zeit der Urteilszustellung noch nicht beschieden war, ist hier die Frage zu entscheiden, wie sich Wiedereinsetzung und Rechtsmittel zueinander verhalten, wenn beide gleichzeitig eingelegt werden können. Ein Gegensatz zu der dargelegten Tendenz ist daher in den beiden aufgeführten Entscheidungen nicht zu sehen.

B. Fristvorschriften können auch dadurch eingeschränkt werden, daß man durch Auslegung den Eingang von Schriftstücken bei einer zuständigen Stelle vorverlegt, indem man den Begriff der zuständigen Stelle ausdehnt oder Ersatzhandlungen als fristwahrend ansieht.
Fristen werden nach §§ 45, 314, 317, 341, 345, 409 durch die Vollziehung der vorzunehmenden Handlung innerhalb des festgelegten Zeitraumes gegenüber dem Gericht gewahrt. Das Gericht wird dabei durch den zuständigen Urkundsbeamten der Geschäftsstelle vertreten.

1. Die Auflockerung von Fristvorschriften ist dadurch möglich, daß Rechtsmittelschriften, die nicht innerhalb der Frist bis zum zuständigen Beamten der Geschäftsstelle vorgedrungen sind, als rechtzeitig behandelt werden, indem der Eingang bei einer anderen Stelle als beim zuständigen Urkundsbeamten als fristwahrend erklärt wird. Der Eingang wird durch Ausdehnung der "zuständigen Stelle" vorverlegt, so z.B., indem gerichtsorganisatorisch eine gemeinsame Briefannahmestelle verschiedener Justizbehörden geschaffen wird und der Eingang dort, gleichgültig, ob die Schriftstücke an die zuständige Stelle oder an eine unzuständige gerichtet wurden, als fristwahrend angesehen wird.
Die Frage, ob die Vorverlegung des Eingangs durch Schaffung einer gemeinsamen Briefannahmestelle geschehen kann, ist dann unproblematisch, wenn das Schriftstück an die zuständige Stelle adressiert ist. Das Gericht kann im Rahmen seiner Organisationsgewalt die zuständige Eingangsstelle statt bei den einzelnen Kammern oder Abteilungen für alle Stellen zentral als gemeinsame Eingangsstelle schaffen. Diese stellt dann "das Gericht" im Sinne der Fristvorschriften dar. Dies war schon in der Zeit vor 1945 anerkannt [88] und ist auch seitdem nicht bestritten worden [89]. Der Eingang an die gemeinsame Briefannahmestelle ist in diesem Falle fristwahrend und mit dem Aufdrücken des Eingangsstempels vollzogen. Wann das Schriftstück danach zur Geschäftsstelle der Kammer oder Abteilung gelangt, ist unerheblich.
Problematisch und Gegenstand abweichender Entscheidungen ist dagegen die Frage, ob bei einer gemeinsamen Briefannahmestelle von verschiedenen Gerichten und der Staatsanwaltschaft die an die Staatsanwaltschaft oder ein unzuständiges Gericht adressierte Rechtsmittelschrift mit Eingang bei der gemeinsamen Briefannahmestelle die Frist gegenüber der zuständigen Stelle wahrt. Diese Frage wurde zu Anfang der fünfziger Jahre [90] ursprünglich dahingehend beantwortet,

88) KG, JW 1932, 1409, Nr. 33

89) so OLG Hamm, Rpfl 58, 313 v. 21.1.58 - 1 Ss 1614/57

90) JR 54,391 v. 9.6.54 - (1) 1 Ss 281/54 und die dort zitierten Entscheidungen, insbesondere die Rechtsprechung in Zivilsachen des BGH, NJW 51,71 während der BGH in Strafsachen, JR 53,430 die Frage dahingestellt sein läßt.

daß eine an die Staatsanwaltschaft gerichtete Revision nur dann rechtzeitig bei Gericht eingegangen sei, wenn sie erkennbar von der gemeinsamen Briefannahmestelle für die zuständige Stelle entgegengenommen wurde. Dies sei nur der Fall, wenn sich der Beamte der gemeinsamen Briefannahmestelle entschlossen habe, die Revisionsschrift an die zuständige Stelle weiterzuleiten.
Demgegenüber hatte das OLG Bremen bereits im Jahre 1949 [91], ohne auf einen Entschluß des Beamten abzustellen, entschieden, daß eine bei der gemeinsamen Annahmestelle abgegebene Revisionsbegründung die Frist wahre, wenn die Schrift statt an die Strafkammer an das Oberlandesgericht adressiert worden sei. Der Auffassung schloß sich der BGH [92] im Jahre 1954 an und hielt einen Entschluß des Beamten, das Schriftstück an die zuständige Stelle weiterzuleiten, für nicht erforderlich. Ihm folgten das KG [93] unter Aufgabe seiner noch 1954 [94] vertretenen Meinung und das OLG Hamm [95]. Diese Auffassung wurde damit begründet, daß mit dem Eingang bei der Briefannahmestelle die Rechtsmittelfrist aufgrund der Zuständigkeitsregelung im Rahmen innerdienstlicher Anordnung wirksam geworden sei. Eine spätere Fehlleitung könne - auch wenn sie durch eine falsche Anschrift bedingt sei - den einmal wirksam gewordenen Zugang nicht mehr beeinträchtigen.
Im Gegensatz zu dieser Rechtsprechung vertrat das OLG Saarbrücken [96] noch 1963 die Auffassung, daß der Eingang bei der gemeinsamen Posteingangsstelle bei falscher Adressierung die Frist nicht wahre. Die Beamten der Eingangsstelle würden nur für die Geschäftsstelle derjenigen Behörde tätig, an die das Schreiben nach dem Willen des Absenders gerichtet werde. Deshalb könne nur dann, wenn der Beamte die richtige Zuständigkeit erkannt und das Schriftstück entgegen der falschen Adressierung an die zuständige Stelle weitergeleitet habe, die Frist als gewahrt angesehen werden.
Die Rechtsprechung zu dieser Frage ist uneinheitlich. Entscheidungen aus der Zeit von 1945 sind nicht ersichtlich. Während bis 1955 trotz der entgegenstehenden Entscheidung des OLG Bremen [97] die Auffassung als herrschend angesehen werden konnte, die bei falscher Adressierung nur für den Fall, daß der Beamte sich vor Fristablauf entschlossen hatte, die Schrift an die zuständige Stelle weiterzuleiten, den Zugang bei der gemeinsamen Briefannahmestelle als fristwahrend ansah, verzichtet die heute herrschende Auffassung - mit Ausnahme des

---

91) NJW 50, 395 v. 27.10.49 - Ws 86/49
92) v. 28.5.54 - 5 StR 241/54 zit. bei. Sarstedt, JR 54 391 (392)
93) JR 55, 152 v. 24.1.55 - 1 AR 350/54 - 2 Ws 255/54
94) s. Anm. 90
95) JMBl NRW 56, 141 v. 23.2.56 - 3 Ss 229/56
96) JBl Saar 64, 116 v. 8.11.63 - Ws 113/63
97) s. Anm. 91

OLG Saarbrücken - auf diesen Entschluß und läßt den Zugang bei der gemeinsamen Annahmestelle schlechthin genügen. Die Tendenz geht in die Richtung auf eine Erweiterung der Möglichkeiten, die Frist zu wahren und dadurch Formalurteile auszuschließen. Eine Sachentscheidung soll nicht durch eine fehlerhafte Adressierung des Rechtsmittels gehindert werden [98].
Die von der heute herrschenden Rechtsprechung vertretene Auffassung hält sich im Rahmen einer vernünftigen, am Normzweck orientierten Auslegung des Begriffes "Zugang bei Gericht". Wenn die Justizbehörden eine gemeinsame Briefannahmestelle einrichten hat dies zur Folge, daß mit dem Eingang dort objektiv die Zugangswirkung erreicht ist. Die durch die falsche Anschrift mögliche weitere Fehlleitung der Sache kann die einmal eingetretene Zugangswirkung nicht beeinträchtigen. Angesichts der Kompliziertheit der Zuständigkeitsregelungen wird allein diese Auffassung im Hinblick auf das rechtssuchende Publikum praktischen Bedürfnissen gerecht. Demgegenüber vermag die Auffassung des OLG Saarbrücken, daß es auf die Adressierung des Schriftstückes ankomme, nicht zu überzeugen. Im Wege der Auslegung wird im Ergebnis eine Auflockerung der Fristbestimmungen erreicht, da auch an unzuständige Stellen gerichtete Schriftstücke im Wege des Zugangs bei der gemeinsamen Briefannahmestelle fristwahrend wirken.

2. Rechtsmittelfristen können auch dadurch eingeschränkt werden, daß bei der Einlegung des Rechtsmittels durch Telegramm bereits die mündlich zugesprochene Durchsage durch die Post als fristwahrende Handlung angesehen wird, obwohl die schriftliche Telegrammurkunde erst nach Ablauf eingeht.
Die Zulässigkeit einer telegrafischen Rechtsmitteleinlegung ist heute allgemein anerkannt [99]. Dagegen war die Rechtsprechung uneinheitlich in der Frage, ob die mündliche Durchsage des Telegramms nach § 26 TelegrO fristwahrend wirkt, wenn die Ausfertigung des Telegramms die zuständige Stelle erst nach Fristab-

---

98) In der Kommentar-Literatur teilen Dünnebier in Löwe-Rosenberg, Vorbem. I 4 b, cc, dd vor § 42 Müller in KMR, § 314, Anm. 1 und E. Schmidt, LK II, § 314, Rdnr. 12, die Auffassung der herrschenden Rechtsprechung, während Jagusch in Löwe-Rosenberg, § 314, Anm. 3 auf die Entschließung des Annahmebeamten abstellt und die Stellungnahme von Schwarz-Kleinknecht, Vorbem. 4 B a vor § 42 unklar ist. Sarstedt, JR 54, 391 und "Revision", S. 54, ist der Meinung, daß es auf den Entschluß zur Weiterleitung durch den Urkundsbeamten nicht ankomme.

99) KMR (Müller), § 314, Anm. 3b, Schwarz-Kleinknecht, Einleitung, 5 F, Löwe-Rosenberg-Jagusch, § 314, Anm. 2 b, E. Schmidt, § 314, Rdnr. 10 und die dort zitierte Rechtsprechung.

lauf erreicht. Diese Frage war lange Zeit Gegenstand widersprüchlicher Entscheidungen.

In der Rechtsprechung vor 1945 [100] ging das RG, ohne sich mit der Frage direkt befassen zu müssen, stillschweigend davon aus, daß eine telefonische Durchsage des Telegramms die Frist nicht wahre. Das OLG Braunschweig [101] erblickte in einer Entscheidung aus dem Jahre 1938 in der telefonischen Durchsage ebenfalls keine fristwahrende Handlung, wenn das Telegrammformular nicht innerhalb der Rechtsmittelfrist bei der zuständigen Stelle eintraf. Dagegen sah das OLG Stuttgart [102] die telefonische Durchsage des Telegramms durch die Post als fristwahrend an, wenn das Formular alsbald, wenn auch erst nach Fristablauf bei Gericht einging.

In der Nachkriegsrechtsprechung hielt die ständige Rechtsprechung des Bayerischen Oberlandesgerichts [103] des OLG Hamm [104], des OLG Stuttgart [105] und in ihrem Gefolge andere Gerichte [106] das mündliche Zusprechen eines Telegramms ohne Eingang der Urkunde innerhalb der Frist bei der zuständigen Stelle nicht für fristwahrend. Sie begründeten ihre Auffassung insbesondere damit, daß die im Gesetz zwingend vorgeschriebene Schriftform nicht durch eine mündliche Durchsage des Telegramms ersetzt werden könne. Das Gesetz verlange das Zugehen einer Urkunde; dieses Erfordernis sei bei dem mündlichen Zuspruch eines Telegrammes nicht erfüllt. Die Rechtssicherheit verlange den Zugang des Schriftstückes, zumal die Aufgabe des Telegramms mündlich erfolgen könne. Die nach § 26 TelegrO vorgenommene telefonische Durchsage sei lediglich eine Ankündigung, wahre aber die Schriftform nicht. Eine andere Beurteilung sei zwar zweckmäßig, aber nach dem geltenden Recht nicht möglich. Demgegenüber sahen andere Gerichte im mündlich zugesprochenen Telegramm eine fristwahrende Handlung und erkannten der Tatsache, daß das Telegramm-

---

100) RGSt 38, 282

101) DStr 1938, 193

102) DR 1942, 1649

103) a) BayOLG St 51, 505 = JZ 52, 117 v. 20.9.51 - Rev.Reg III 662/51
b) NJW 54, 323 v. 13.11.53 -RevReg 2 St 339/53
c) BayOLG St 53, 265 = JR 54, 353 = MDR 54, 439 v. 17.12.53 - RevReg 3 St 119/53
d) NJW 60, 504 v. 16.1.60 - RReg 1 St 664/59

104) a) RPflg 53, 249 = JMBl NRW 53, 108 v. 26.2.53 - 2 Ws 6/53
b) JMBl NRW 54, 262 = NJW 55, 64 v. 1.2.54 - (1) 2 a Ss 1396/53

105) NJW 58, 2028 v. 25.7.58 - 1 Ss 416/58

106) AG Vilseck/Bayern, BayJbl 51, 98 v. 15.3.51 - Cs 2/51
LG Tübingen, NJW 47/48, 535 v. 4.2.48 - Ns 198/47

formular erst nach Fristablauf bei der zuständigen Stelle eintraf, keine entscheidende Bedeutung zu.

Diese Meinung wurde bereits 1947 vom OLG Braunschweig [107] vertreten, das sich dabei weitgehend auf praktische Gesichtspunkte und die Schwierigkeit in ländlichen Gegenden, die Zustellung von Telegrammen auf schnellstmögliche Weise durchzuführen, berief. Das LG Verden/Aller [108] folgte dieser Auffassung und begründete seine Meinung damit, daß in der damaligen Zeit ein Telegramm - als Brief zugestellt - oft eine Woche benötigte, um die zuständige Stelle zu erreichen, so daß die Rechtsmittelfrist ohne telefonisches Zusprechen überhaupt nicht gewahrt werden könnte. Später hielt das OLG Köln [109] eine fernmündliche Übermittlung eines Telegramms von dem Postamt an das Gericht für ausreichend, wenn die Übermittlung durch das nachfolgende Telegrammformular bestätigt wurde [110].

Der BGH, der in einer Entscheidung aus dem Jahre 1955 [111] die Frage offengelassen hatte, entschied 1960 auf einen Vorlagebeschluß des Bayerischen OLG hin, daß im Falle der Aufnahme einer amtlichen Notiz und Empfangnahme der Erklärung durch eine befugte Person des zuständigen Gerichts die Berufungsfrist gewahrt sei, wenn das Zustellungspostamt den Inhalt des Telegramms innerhalb der Frist mündlich durchgibt [112]. Das Rechtsmittel sei nach Form und Frist endgültig eingelegt, wenn das den Wortlaut der Durchsage bestätigende Telegramm bei Gericht eingeht, auch wenn dies erst nach Fristablauf geschieht. Der BGH begründete seine Auffassung mit den Besonderheiten der fortgeschrittenen Technik in der Nachrichtenübermittlung und den Gepflogenheiten und Bedürfnissen des Verkehrs insbesondere im Hinblick auf § 26 TelegrO, nach dem Telegramme an Empfänger, die Fernsprechanschluß besitzen, durchgesagt werden können.

---

107) HESt 3, 7 = Nds Rpflg 47, 126 v. 27.8.47 - Ws 33/47

108) NJW 49, 798 v. 26.11.47 - 6 Ns 51/47

109) NJW 52, 440 = JMBl NRW 52, 87 v. 24.11.51 - Ws 237/51

110) In der Rechtsprechung in Zivilsachen, BGH JZ 53, 179 = NJW 53, 25 = Rpflg 53, 30 v. 23.9.52 und auf Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit, OLG Neustadt, NJW 52, 271 v. 6.8.51 wurde seit anfangs der fünfziger Jahre die mündliche Durchsage eines telegrafisch eingelegten Rechtsmittels durch die Post für fristwahrend gehalten. Auch auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtspflege vertrat das Bundesverwaltungsgericht die gleiche Auffassung, NJW 54, 1135 v. 8.4.54

111) BGH St 8, 174 = NJW 55, 1846 = MDR 56, 52 = JZ 56, 32 = Betr. 56, 44 = LM Nr. 6 zu § 345 v. 11.10.55 - g.S. 6 StR 289/54

112) BGH St 14, 233 = NJW 60, 1310 v. 29.4.60 - 1 StR 114/60

Seit dieser Entscheidung des BGH ist die gegenteilige Auffassung durch Gerichte, soweit ersichtlich, nicht mehr vertreten worden [113].
Aus der angeführten Rechtsprechung läßt sich die Tendenz erkennen, daß die Gerichte im Laufe der Jahre immer mehr bereit wurden, auf das Erfordernis des Eingangs der Telegrammurkunde innerhalb der Frist zu verzichten. Diese Tendenz wurde mit der Entscheidung des OLG Stuttgart [114] aus dem Jahre 1942 in die Wege geleitet und setzte sich in der Nachkriegsrechtsprechung trotz einer Vielzahl entgegenstehender Entscheidungen fort. Sie fand ihren Abschluß in dem Beschluß des BGH [115] aus dem Jahre 1960, mit dem er das mündliche Durchsprechen eines Telegramms als fristwahrend anerkannte, sofern das Formular bald nach der Durchsage bei der zuständigen Stelle einging. In seiner Argumentation geht der BGH auf die Veränderbarkeit von Formen und den Einfluß der modernen Technik auf diese ein. Nicht ein starres Festhalten an den in der Situation des historischen Gesetzgebers gegebenen Möglichkeiten, sondern eine Anpassung an die technischen Gegebenheiten ist gerade auf dem Gebiet der Formalien auch nach der Auffassung der Rechtsprechung deren Aufgabe. Die Verfahrensnorm wird anhand der veränderten Technik ausgelegt und an sie angepaßt.
Die vom BGH vorgenommene Auslegung entspricht einer zweckgerichteten Auslegung der Termins- und Zugangsvorschriften. Der Zweck der Form- und Fristvorschriften bei der Rechtsmitteleinlegung, nämlich die amtliche Gewißheit innerhalb eines bestimmten Zeitraumes von der Anfechtung oder Unanfechtbarkeit der Entscheidung, wird auch bei der telefonischen Durchsage des Telegramms durch die Post erreicht. Die Besonderheiten des telegrafischen Verkehrs, insbe-

---

113) Die Kommentar-Literatur ist weitgehend der Auffassung des BGH gefolgt, bzw. hat sie bereits vorher vertreten. So halten E. Schmidt, LK II, § 314, Rdnr. 10, Müller in KMR, § 314, Anm. 3 b, Schwarz-Kleinknecht, Einleitung, 5 F, Dünnebier in Löwe-Rosenberg, Vorbem. I 4 b ee vor § 42 und Dalcke-Fuhrmann, § 314, Anm. 4 das telefonische Zusprechen eines Telegrammes für fristwahrend. Die Gegenauffassung wird nur noch von Jagusch in Löwe-Rosenberg, § 314, Anm. 2 b, vertreten. In der übrigen Literatur ist die Auffassung geteilt. Einerseits sind Dahs, NJW 52, 276 und Herlan, JR 54, 354, der Meinung, daß die telefonische Durchsage die Frist wahre. Dagegen halten Seibert, DRiZ 52, 8, Niethammer, JZ 52, 117 und Rötelmann, DRpfl 53, 251, die telefonische Durchsage nicht für eine fristwahrende Handlung, vielmehr sei sie nur eine Ankündigung.

114) s. Anm. 102

115) s. Anm. 112

sondere im Hinblick auf die nach § 26 TelegrO zulässige fernmündliche Übermittlung des Telegramminhalts rechtfertigen die Auffassung der heute herrschenden Rechtsprechung. Auch anhand der fernmündlichen Durchsage durch die Post läßt sich die Art der abgegebenen Erklärung und die Person des Erklärenden eindeutig bestimmen [116]. Demgegenüber greifen die von der Gegenauffassung vorgebrachten formalen Bedenken nicht durch. Verfahrensvorschriften sind zweckbestimmt auszulegen. Die aufgezeigte Tendenz der Rechtsprechung zeigt zwar eine Auflockerung, was den Begriff des "schriftlichen Zugangs" angeht, hält sich aber im Rahmen einer zulässigen Auslegung der formalen Vorschriften und erleichtert die Wahrung der Rechtsmittelfrist.

C. Über die vorerwähnten Fälle der Auflockerung von Fristbestimmungen hinaus setzt sich die Rechtsprechung im Interesse der Verwirklichung materieller Gerechtigkeit über Fristvorschriften teilweise hinweg, indem sie die jeweiligen Fristen im Wege der Auslegung übergeht.
Dies kann dadurch geschehen, daß dem Rechtsmitteleinleger noch nach Fristablauf gestattet wird, sein ursprünglich unbestimmt eingelegtes Rechtsmittel festzulegen, ohne daß es dabei auf die seit der Einlegung verflossene Zeit ankäme. Nach nunmehr einhelliger Auffassung [117] ist eine "Anfechtung" oder "Rechtsmitteleinlegung" im Hinblick auf ein Urteil auch ohne die Erklärung des Angeklagten zulässig, ob er die gleichermaßen gegebene Berufung oder Revision wählt. Auch kann er ausdrücklich dem Gericht mitteilen, er behalte sich die endgültige Festlegung des Rechtsmittels vor.
Demgegenüber war vor 1945 in der Rechtsprechung streitig, ob der Angeklagte die Festlegung auf ein bestimmtes Rechtsmittel auch noch nach Ablauf der Rechtsmitteleinlegungsfrist vornehmen kann. Das RG [118] hatte in einer Entscheidung aus dem Jahre 1926 zunächst die wahlweise Einlegung von Berufung und Sprungrevision zugelassen. Kurz darauf betonte es jedoch, die öffentlich-rechtliche Natur des Prozesses verlange die Eindeutigkeit der Rechtsmittelerklärung schon ab Ende der Einlegungsfrist. Dies folge aus der öffentlich-rechtlichen Natur des Prozesses. Ein Übergang von dem einmal gewählten Rechtsmittel zu einem anderen sei daher unzulässig. Die Oberlandesgerichte [119] sind mit einer Ausnahme [120] dem RG gefolgt.

---

116) so BGH 14, 233 (239)
117) so statt vieler KMR (Sax), § 335, Anm. 3, Löwe-Rosenberg-Jagusch, § 335, Anm. 2
118) JW 1926, 2198
119) OLG Celle, JW 1928, 1880, OLG Hamm, HRR 1928, 693 KG, JW 1930, 1322
120) OLG Kiel, HRR 1928, Nr. 578

In der Zeit nach 1945 war die Haltung der Gerichte uneinheitlich. Ein Teil der Nachkriegsrechtsprechung [121] hielt, dem RG folgend, eine Anfechtungserklärung mit dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehalt, ein einzulegendes Rechtsmittel erst später festlegen zu wollen, nur dann für wirksam, wenn die Festlegung noch innerhalb der Rechtsmitteleinlegungsfrist erfolgt. Sie berief sich dabei weitgehend auf die vom RG vorgebrachten Gründe.
Demgegenüber vertraten gleichzeitig andere Obergerichte [122] die Auffassung, daß die Festlegung, welches Rechtsmittel endgültig gewählt werde, erst innerhalb der Revisionsbegründungsfrist nach § 345, also regelmäßig erst nach Zustellung des Urteils zu erfolgen brauche. Zur Begründung ihrer Auffassung stützten sie sich darauf, daß eine endgültige Wahl nur in Kenntnis der Urteilsgründe sinnvoll erfolgen könne.
Diese Kontroverse zwischen verschiedenen Oberlandesgerichten beendete der BGH mit einer Entscheidung aus dem Jahre 1951 [123]. Er schloß sich letzterer Auffassung an. Seine Abweichung von der Rechtsprechung des RG rechtfertigte er aus praktischen Gesichtspunkten. Ebenso wie verschiedene Oberlandesgerichte argumentierte er dahingehend, daß von dem Angeklagten, bzw. seinem Verteidiger nicht verlangt werden könne, mit der Sprungrevision auf die weitere Tatsacheninstanz zu verzichten, ohne die schriftlichen Urteilsgründe zu kennen.

Dadurch würde die Sprungrevision zur praktischen Bedeutungslosigkeit verurteilt. Den Argumenten der Gegenmeinung, daß das öffentliche Interesse einen zweifelsfreien Bestand eines bestimmten Rechtsmittels schon mit Ablauf der Rechtsmittelfrist und nicht erst der Begründungsfrist verlange, tritt der BGH mit dem Hinweis entgegen, daß, wie auch die Not-Verordnung vom 14. 6. 1932 zeige, in der die bloße "Anfechtungserklärung" gesetzlich zugelassen worden war, die öffentlich-rechtliche Natur des Strafverfahrens einer erst späteren Festlegung der Art des eingelegten Rechtsmittels nicht entgegenstehe. Zur Zulässigkeit der Revision gehöre auch die Revisionsbegründung. Daher genüge es, wenn bei Ablauf der Begründungsfrist das Rechtsmittel bestimmt sei.
Seit dieser Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1951 ist keine abweichende Stellungnahme der Rechtsprechung mehr ersichtlich. Der BGH hat diese Recht-

---

121) OLG Celle, NJW 51, 495 v. 16. 2. 51 - Ss 311/59
OLG Frankfurt, v. 11. 1. 51 - Ss 444/50 und vom 15. 3. 51 - Ss 92/51
zit. bei Schäfer, NJW 51, 461
OLG Bamberg HE St 2, 134 v. 15. 11. 48 - Ss 123/48

122) BayOLG St 49, 1 = NJW 49, 436 = SJZ 49, 290 = HESt 2, 128 v. 18. 2. 49 - RevReg III 2/48, OLG Nürnberg, HE St 1, 208 v. 8. 11. 46 - Ss 18/46 und NJW 49, 74 v. 30. 4. 48 - Ss 59/48, OLG Hamm, MDR 51, 244 v. 9. 2. 51 - (3) 2 Ss 2/51

123) BGH St 2, 63 v. 12. 12. 51 - 3 StR 691/51

sprechung später bestätigt [124]. Die Oberlandesgerichte sind ihm einhellig gefolgt [125]. Kommentar- [126] und die übrige Literatur [127] sind seitdem gleicher Auffassung.

Die Rechtsprechung läßt folgende Tendenz feststellen: Das RG und ihm folgend nahezu die einhellige Rechtsprechung vor 1945 sahen in einem Nebeneinander von Berufung und Revision einen Verstoß gegen den Grundsatz der Eindeutigkeit prozessualer Erklärungen und lehnten aus diesem formellen Gesichtspunkt eine unbestimmte "Anfechtung" oder einen Übergang von der Berufung zur Revision und umgekehrt bis zum Ende der Revisionsbegründungsfrist ab. In der Nachkriegszeit wurde diese Frage von mehreren Oberlandesgerichten gegensätzlich beurteilt, bis der BGH im Jahre 1951 endgültig mit der Rechtsprechung des RG brach. Er setzte sich mit dieser dahingehend auseinander, daß er deren fehlende Praktibilität herausstrich und von einer zweckgerichteten Auslegung der Sprungrevision die Auffassung des RG als zu formalistisch ablehnte. Dabei behielt er mehr den Zweck als formelle Grundsätze im Auge.

Die nunmehr absolut herrschend gewordene Meinung setzt sich aus rechtspolitischen Grundsätzen, um das Institut der Sprungrevision in der Praxis halten zu können, letzten Endes im Interesse der Ermöglichung der Überprüfbarkeit von Entscheidungen durch Ausdehnung der Fristen über das zwingende Erfordernis der Einlegung eines Rechtsmittels innerhalb der Wochenfrist nach §§ 314, 341 hinweg. Ein Rechtsmittel ist nur dann wirksam eingelegt, wenn eindeutig erkennbar ist, welcher Art es ist. Dies ist bei der bloßen "Anfechtung" einer Entschei-

---

124) a) BGH St 5, 339 = NJW 54, 687 v. 20.11.53 - 1 StR 279/63
b) BGH St 6, 206 v. 14.7.54 - 5 StR 324/54
c) BGH St 13, 388 = NJW 60, 494 v. 15.1.60 - 1 StR 627/59
d) BGH St 17, 44 = NJW 62, 820 v. 22.1.62 - 5 StR 442/61

125) a) OLG Köln, NJW 54, 692 v. 22.12.53 - Ss 369/53
b) OLG Hamm, NJW 56, 1168 v. 11.2.56 - 3 Ss 105/56
c) Bay OLG St 57, 225 = NJW 58, 561 = JZ 58, 134 = BayMBl 58, 15 v. 7.11.57 - RevReg 4 St 98/57
d) OLG Celle, NJW 62, 67 v. 4.8.61 - 2 Ss 142/61
e) SchlH OLG, SchlHA 61, 307 v. 13.7.61 - Ss 155/61
f) OLG Hamburg, GA 63, 27 v. 4.7.62 - Ss 102/62
g) OLG Stuttgart, NJW 57, 641 = JZ 58, 63 v. 8.2.57 - 1 Ss 18/57,
h) OLG Karlsruhe, NJW 59, 209 v. 29.10.58 - 2 Ws 160/58

126) vgl. Löwe-Rosenberg-Jagusch, § 335, Anm. 2, KMR (Sax), § 335, Anm. 3, E. Schmidt, LK II, Rdnr. 4 zu § 335, Dalcke-Fuhrmann, § 335, Anm. 2

127) Schäfer, NJW 51, 461, Seibert, JZ 51, 216, Sarstedt, Revision, S. 11, wegen der vorangehenden Literatur vgl. die bei Seibert, JZ 51, 216 Zitierten

dung, gegen die sowohl Berufung als auch Revision zulässig ist, nicht der Fall. Es muß nach Ablauf der Einlegungsfrist feststehen, mit welchem Rechtsmittel das Urteil angegriffen wird [128]. Die Wahl zwischen Berufung und Revision erst nach Zugang der Urteilsgründe erscheint zwar in Anbetracht von § 335 zweckmäßig, läßt sich aber aus dem geltenden Recht nicht herleiten. Dieses kennt ein unbestimmtes Rechtsmittel nach Ablauf der Einlegungsfrist nicht. Die im allgemeinen Interesse knapp bemessene Frist soll der Rechtssicherheit dienen. Demgegenüber vermag auch der Hinweis des BGH auf das Erfordernis der Revisionsbegründung zur Zulässigkeit der Revision nicht durchzugreifen. Nicht erst die Revisionsbegründung macht die "Anfechtung" zulässig. Angesichts der Tatsache, daß die Berufung keiner Begründung bedarf, ist diese schon mit der Einlegung zulässig. Daher ist die "Anfechtung" zumindest als Berufung schon zu diesem Zeitpunkt zulässig und bedarf dazu keiner Begründung. Die Grenzen einer zulässigen Auslegung werden von der herrschenden Rechtsprechung überschritten.

D. Im Zusammenhang mit der Einhaltung von Fristvorschriften, aber auch mit anderen prozessualen Formalien tritt ein Problem in der Rechtsprechung immer wieder auf, wenn sich aus tatsächlichen Gründen nicht feststellen läßt, ob eine Frist oder andere Formalie gewahrt ist oder nicht. Gilt in diesem Falle der Grundsatz "in dubio pro reo", oder kann diese Regel auf dem Gebiet des Verfahrensrechts keine Geltung für sich in Anspruch nehmen? Die Anwendbarkeit dieses das Recht des Schuldbeweises beherrschenden Grundsatzes [129] ist im Verfahrensrecht stark umstritten. Die Frage seiner Gültigkeit für das Prozeßrecht war häufig Gegenstand von Entscheidungen.
In der Rechtsprechung vor 1945 wurde die Anwendung dieses Grundsatzes auf das Prozeßrecht generell abgelehnt. So betonte das RG daß sich der Satz "in dubio pro reo" nur auf Zweifel an der Schuld des Angeklagten beziehe [130] und schloß seine Anwendbarkeit auf das Gebiet des Verfahrensrechts ausdrücklich aus [131]. Auch in den ersten Jahren nach 1945 lehnte der bei weitem überwiegende Teil der Rechtsprechung die Geltung dieser Regel für das Verfahrensrecht ab [132]. Sie begründete ihre Auffassung damit, daß aus Gründen der Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit der Grundsatz "in dubio pro reo" durch die Regel "im Zweifel für die Rechtskraft" ersetzt sei. Gegen diese Auffassung hat sich ein geringerer

128) so schon RG St 60, 354, vgl. auch Sauer, NJW 49, 317
129) vgl. Baumann, S. 144
130) RG St 52, 319, JW 1931/1578
131) RG St 65, 250 (255)
132) a) BGH v. 9.10.52 - 4 StR 124/52
b) BGH v. 7.1.54 - 3 StR 277/53
c) BGH v. 24.5.55 - 5 StR 157/55 (a-c zit. bei Herlan, MDR 55, 527)

Teil der Rechtsprechung und die überwiegende Meinung der Literatur gewandt. Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone [133] hatte bereits im Jahre 1948 die Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo" für Prozeßvoraussetzungen, nicht aber für Verfahrenshindernisse anerkannt. Der BGH [134] hat sich in Einzelfällen auf diesen Grundsatz auch in verfahrensrechtlichen Fragen, insbesondere bei Verfahrensvoraussetzungen und Verfahrenshindernissen berufen, dabei grundsätzlich aber seine ablehnende Stellungnahme nicht aufgegeben. Nachdem in der Literatur immer stärker die Anerkennung des Grundsatzes "in dubio pro reo" für das Verfahrensrecht gefordert worden war [135], wandelte der BGH in einer grundsätzlichen Entscheidung [136] aus dem Jahre 1963 seine Auffassung dahingehend ab, daß eine schablonenhafte Lösung für alle Verfahrensvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse nicht möglich sei. Die Grundsätze der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit verlangten eine den besonderen Umständen der Einzelfrage angemessene Entscheidung [137]. Dabei könne der Grundsatz "in dubio pro reo" für das Verfahrensrecht nicht generell ausgeschlossen werden.
Zuvor hatte der BGH [138] bereits betont, daß ein Rechtsmittel so lange als zulässig angesehen werden müsse, als seine verspätete Einlegung nicht eindeutig feststehe. Die Rechtssicherheit werde dadurch nicht gefährdet. Da eine Nachprüfung in höherer Instanz nach dem Gesetz grundsätzlich der gerechteren Entscheidung der Sache diene, werde die Rechtssicherheit auf diese Weise am besten gewahrt.
Ohne auf die neue Auffassung des BGH einzugehen, vertrat das OLG Düsseldorf [139] nach 1964 die Auffassung, daß ein Rechtsmittel bei Zweifeln aus Gründen der Rechtssicherheit als nicht rechtzeitig eingelegt zu behandeln sei. Es gelte der Grundsatz "im Zweifel zugunsten der Rechtskraft". Dagegen war das Bayerische

---

Fortsetzung der Fn. 132) von S. 35:

d) BGH v. 27.1.55 - 4 StR 586/54, zit. bei Herlan, GA 56, 350
e) BGHSt 10, 245 = NJW 57/1040 = JZ 58, 177 v. 3.5.57 - 5 StR 52/57
f) KG, JR 54, 470 v. 6.10.54 - 1 Ss 318/53
g) OLG Hamm, GA 57, 222 = DAR 57, 191 v. 27.9.56 - 2 Ss 1232/56

133) OGHZ 1, 203 (207) v. 21.12.48 - WStS 139/48
134) a) JR 54, 351 v. 6.7.54 - 5 StR 154/54
b) BGH St 11, 393 (395) v. 26.6.58 - 4 StR 145/58
135) vgl. Sarstedt, JR 54, 471, Sax, JZ 58, 178
136) BGH St 18, 274 = JR 63, 305 v. 19.2.63 - 1 StR 318/62
137) so auch Sax, JZ 58, 178 u. "Festschrift", S. 143 ff.
138) NJW 60, 2202 v. 2.9.60 - 4 StR 311/60
139) NJW 64, 1684 = JMBl NRW 64, 127 v. 19.3.64 - (1) Ss 18/64

Oberlandesgericht [140] im Anschluß an die Auffassung des BGH im Falle der Ungewissheit des Zustellungsdatums eines Strafbefehls der Auffassung, daß der Einspruch als rechtzeitig anzusehen sei. Es könne dem Angeklagten nicht zugemutet werden, daß er aus Umständen, die nicht in seiner Sphäre liegen, Nachteile zu tragen habe. Sofern nicht eine verspätete Einlegung feststehe, müsse ein Einspruch gegen einen Strafbefehl als rechtzeitig behandelt werden [141].

In der Kommentar-Literatur wird die Frage der Geltung des Grundsatzes "in dubio pro reo" im Prozeßrecht allgemein und die Frage seiner Geltung im Hinblick auf die Einhaltung von Fristen im besonderen ebenfalls nicht einheitlich beantwortet. Sax [142] ist in KMR der Auffassung, daß sich die Frage nach der Geltung dieses Satzes im Verfahrensrecht nicht generell beantworten lasse, sondern es sei für jeden Einzelfall zu prüfen, ob angesichts konkreter rechtsstaatlicher Erwägungen das Verfahren zulässig sein oder unzulässig werden solle. Bei Zweifeln anläßlich der Wahrung von Rechtsmittelfristen solle ermöglicht werden, die materielle Wahrheit durch Überprüfung noch nicht rechtskräftiger Entscheidungen in einer weiteren Instanz zu verwirklichen [143]. Da jedes Rechtsmittelverfahren der Suche nach Wahrheit in größtmöglichem Umfang entgegenkomme, sei es erst dann unzulässig, wenn das Nichtvorliegen seiner Zulässigkeitsvoraussetzungen zweifelsfrei feststehe. E. Schmidt [144] und Schwarz-Kleinknecht [145] vertreten die Auffassung, daß hinsichtlich der Fristwahrung bei tatsächlichen Zweifeln der Grundsatz "in dubio pro reo" durch den Satz "im Zweifel für den Rechtsmittelführer" abgewandelt werden müsse. Bei Löwe-Rosenberg werden in diesem Zusammenhang drei von einander abweichende Auffassungen vertreten. Während Schäfer [146] der Ansicht ist, daß sich die Frage nach der Geltung des Satzes "in dubio pro reo" auch auf dem Gebiet des Strafprozesses allgemein bejahend beantworten lasse, lehnt Jagusch [147] dessen Anwendbarkeit für das Ver-

---

140) Bay OLG St 65, 142 = NJW 66, 947 = JZ 66, 244 = JR 66, 146 = Rpfl 66, 174 = VRS 30, 458 = GA 66, 245 v. 9.12.65 - RReg 4 b St 79/65

141) Auf dem Gebiet der Einhaltung von Terminvorschriften hat das OLG Hamm, NJW 65, 410 v. 14.2.64 - 3 Ss 1117/63 die Frage des Genügens von Entschuldigungsgründen dahingehend beantwortet, daß auch dort der Grundsatz "in dubio pro reo" zu gelten habe.

142) Vorbem. 1 f (3) cc 1 (e) und 1 f (3) cc 2 vor § 48
vgl. auch "Festschrift, S. 143 ff.

143) so Vorbem. 1 (f) 2 (b) vor § 48

144) LK II, § 314, Rdnr. 14

145) § 319, Anm. 1

146) Löwe-Rosenberg, Einleitung, Kapitel 10 A 7

147) § 341, Anm. 5

fahrensrecht mit dem Bemerken ab, daß der rechtzeitige Eingang des Rechtsmittels feststehen müsse. Andererseits will Jagusch [148] es dem Gericht in freier Beweiswürdigung überlassen, ob es die Berufungsfrist als eingehalten ansehen will.

Die übrige Literatur will, was die Fristwahrung angeht, den Grundsatz "in dubio pro reo" auch auf das Strafverfahrensrecht anwenden. Stree [149] geht in seiner Abhandlung eingehend - in einem die vorliegende Arbeit sprengenden Umfang - auf die Problematik ein. Er gelangt aufgrund einer Gleichstellung von materiellen und prozessualen Voraussetzungen im Strafprozeß zu dem Ergebnis, daß die Geltung dieses Grundsatzes im Strafprozeß kein schutzwürdiges Vertrauen beeinträchtige [150]. Die Allgemeinheit erleide bei der Durchführung des Rechtsmittelverfahrens trotz Zweifeln an der Fristeinhaltung angesichts der kurzen Zeitspanne keine Einbuße.

Sarstedt [151], Schürmann [152], Henkel [153] und Mann [154] sehen bei Zweifeln, ob eine Frist eingehalten ist, das eingelegte Rechtsmittel als zulässig an. Dabei leiten letztere die Geltung des Grundsatzes "in dubio pro reo" für das Prozeßrecht aus dem Rechtsstaatsprinzip ab und fordern dessen uneingeschränkte Geltung für das gesamte Strafverfahren.

In jüngster Zeit ist von Gerichten die Frage erörtert worden, inwieweit die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze hinsichtlich Verfahrensovraussetzungen zu gelten haben, wenn die Staatsanwaltschaft zuungunsten des Angeklagten ein Rechtsmittel eingelegt hat und sich nicht feststellen läßt, ob dies fristgerecht geschehen ist. Während der BGH [155] in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1960 betonte, daß die Frage nach der Geltung dieses Prinzips für alle Prozeßparteien nur einheitlich beantwortet werden könne, vertritt nunmehr das OLG Celle [156] eine abweichende Auffassung. Das Oberlandesgericht ist der Auffassung, daß ein Rechtsmittel, das die Staatsanwaltschaft zuungunsten des Angeklagten eingelegt hat, dann als unzulässig verworfen werden müsse, wenn sich nach Ausschöpfung aller verfügbaren Beweismittel nicht mit Sicherheit feststellen lasse, ob es fristgerecht erhoben worden ist. Der Angeklagte dürfe nicht darunter leiden, daß das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft möglicherweise verspätet eingelegt worden

---

148) § 414, Anm. 4
149) a. a. O., S. 53 ff.
150) a. a. O., S. 75
151) "Revision", S. 47
152) NJW 64, 2265
153) Strafverfahrensrecht, S. 405
154) ZStW 1964, 264 ff.
155) NJW 60, 2202 = MDR 61, 78 v. 2. 9. 60 - 4 StR 311/60
156) NJW 67, 640 v. 22. 9. 66 - 1 Ss 167/66

sei. Er dürfe nicht in ein Verfahren gezogen werden, das die Möglichkeit eines ungünstigen Ausgangs eröffne, wenn sich die Wirksamkeit der Rechtsmitteleinlegung nicht eindeutig feststellen lasse. Das habe mit dem Grundsatz "in dubio pro reo" unmittelbar nichts zu tun.

Bei der Frage nach der Geltung dieses Grundsatzes auf dem Gebiet des Verfahrensrechts handelt es sich im Grunde um einen Konflikt zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit [157]. Diesen Zusammenstoß zweier grundlegender Tendenzen der Rechtsordnung löste die Rechtsprechung in der Zeit vor 1945 und bis vor einigen Jahren generell zugunsten der Rechtssicherheit. Dies ohne grundsätzlich auf die Frage der Notwendigkeit der Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo" für das Verfahrensrecht einzugehen. Dennoch waren hin und wieder Entscheidungen erkennbar, bei denen die Rechtsprechung bei groben Verstößen gegen die Gerechtigkeit dieser gegenüber der Rechtssicherheit den Vorrang einräumte. Erst mit dem Urteil des BGH vom 19. 2. 63 [158] machte sich eine grundsätzliche Umorientierung der Rechtsprechung bemerkbar. Dies wird besonders darin deutlich, daß der BGH darauf verzichtet, festzustellen, ob die Verjährung ein Verfahrenshindernis, ein sachlich-rechtlicher Strafaufhebungsgrund oder ob sie gemischter Natur ist, sondern daß er auf Gerechtigkeit und Rechtssicherheit und ihr Verhältnis zueinander abstellt. Die neue Rechtsprechung läßt nunmehr im Interesse der materiellen Gerechtigkeit generell die Geltung des Grundsatzes "in dubio pro reo" auch für das Verfahrensrecht zu, wenn auch wegen der Anwendbarkeit im Einzelfall jeweils eine gesonderte Prüfung stattzufinden hat [159]. Die Rechtsprechung ist demnach nunmehr grundsätzlich bereit, der Gerechtigkeit gegenüber der Rechtssicherheit im Hinblick auf Zweifel anläßlich der Fristwahrung Vorrang einzuräumen.

Ein neues Licht auf die Problematik wirft die Entscheidung des OLG Celle [160]. Hier wird erkennbar, daß es dem OLG weniger um die Verwirklichung materieller Gerechtigkeit - diese wird ja durch eine Überprüfung durch die höhere Instanz angestrebt - als um den Schutz des Angeklagten geht. Der Staatsanwaltschaft wird der Weg in die nächst höhere Instanz verwehrt, weil die Gefahr einer strengeren Beurteilung des Verhaltens des Angeklagten besteht. Das OLG will

---

157) vgl. u. a. BGH St 18, 274, s. Anm. 136, Sax, JZ 58, 178

158) s. Anm. 136

159) Von dieser Auffassung weicht lediglich das OLG Düsseldorf, s. Anm. 139 ab; dies offenbar in Unkenntnis der gewandelten Meinung des BGH, was daraus hervorgeht, daß es sich mit dieser Meinung nicht auseinandersetzt.

160) s. Anm. 156

dann der Rechtssicherheit den Vorzug geben, wenn die Gerechtigkeit zuungunsten des Angeklagten ausschlagen könnte.

II. Auflockerung von Formbestimmungen.

Die Auflockerung von prozessualen Formalien kann auch durch Auslegung und Fiktionen bei Formvorschriften geschehen. Dadurch kann möglich werden, daß Rechtsmittel und sonstige dem Angeklagten gewährte prozessuale Behelfe trotz formeller Unzulänglichkeiten als rechtswirksam angesehen werden.

A. Bei prozessualen Formen ist zwischen solchen zu unterscheiden, die in erster Linie Äußerlichkeiten zum geordneten Ablauf des Verfahrens betreffen und anderen, die sich mehr auf den Inhalt der vorzunehmenden Prozeßhandlung beziehen. Zunächst soll die Rechtsprechung zu prozessualen formalen Bestimmungen erörtert werden, die mehr den äußeren Verfahrensablauf treffen.
Als solche kommen die Bestimmungen im Zusammenhang mit der Einlegung von Rechtsmitteln zu Protokoll der Geschäftsstelle in Betracht.

1. Ein in der Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Einlegung zu Protokoll häufig auftretendes Problem ist die Frage nach der Zulässigkeit einer fernmündlichen Rechtsmitteleinlegung. Das Reichsgericht und die übrige Rechtsprechung vor 1945 lehnten die Zulässigkeit eines telefonischen Rechtsmittels zu Protokoll der Geschäftsstelle ab [161]. Diese Auffassung wurde mit dem Hinweis begründet, daß die pflichtgemäße Überprüfung hinsichtlich der Person des Erklärenden und der Ernstlichkeit der von ihm abgegebenen Erklärung ein persönliches Erscheinen erforderlich mache. In der Nachkriegsrechtsprechung hielten zunächst einige Oberlandesgerichte [162] im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts die telefonische Einlegung eines Rechtsmittels für unwirksam. Ebenso wie das Reichsgericht wiesen sie darauf hin, daß der Urkundsbeamte die Gewißheit haben müsse, mit wem er verhandle; auch seien Mißverständnisse im Fernsprechverkehr nicht selten. Diese Auffassung wurde damals von der Literatur weitgehend unterstützt [163].

---

161) RG St 38, 282 (285)

162) OLG Hamm, NJW 52, 276 = JMBl NRW 52, 39 v. 4.12.51 - (1) 2 Ss 538, 51, OLG Frankfurt, NJW 53,1118 v. 31.3.53 - 1 Ws 66/53

163) so sprachen sich Seibert, DRiZ 52,8 u. die Kommentarliteratur, Schwarz, 13. Aufl., Vorbem. 2 vor § 296, KMR 2. Aufl., § 314, Anm. 2 gegen die Zulässigkeit einer telefonischen Protokollerklärung aus

Auf der anderen Seite setzten sich einige Verfasser dafür ein, auch ein telefonisch eingelegtes Rechtsmittel als wirksame Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle anzusehen [164]. Sie beriefen sich dabei auf die sich weiterentwickelnde Technik, vor der die juristische Praxis nicht haltmachen dürfe. Eine Identitätsprüfung sei nicht nur beim persönlichen Erscheinen möglich, sondern könne auch am Telefon durch Sachkundeüberprüfung vorgenommen werden [165]. Dieser Auffassung folgend erachtete das OLG Schleswig mit Beschluß vom 17. 7. 62 [166] eine fernmündlich zu Protokoll der Geschäftsstelle eingelegte Beschwerde für zulässig. Zur Begründung führte es an, es gehöre nicht zur Funktion des Protokolls, daß der Rechtsmittelführer sich persönlich vor dem Urkundsbeamten erkläre [167]. Die Bedenken hinsichtlich der Mißverständnislichkeit telefonischer Erklärungen griffen in Anbetracht der von der Rechtsprechung zugelassenen telegrafischen Rechtsmitteleinlegung nicht durch. Bei fernmündlicher Besprechung lasse sich die Person und die Art der Erklärung sogar eindeutiger feststellen als im Telegrammverkehr. Das OLG Düsseldorf [168] hat sich der Auffassung angeschlossen. Die Kommentar-Literatur vertritt heute weitgehend ebenfalls diese Auffassung [169].

---

164) So hielten Dahs, NJW 52,276 und Rötelmann, DRpfl 53,251 bereits Anfang der fünfziger Jahre die telefonische Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle für zulässig.

165) In der Zivilrechtsprechung ließ der BGH, DRpfl 53,30 die Frage offen. Dagegen hielt der Bundesfinanzhof, JZ 54,205 bereits 1954 die telefonische Einlegung eines Rechtsmittels zu Protokoll der Geschäftsstelle für zulässig, sofern der Urkundsbeamte das persönliche Erscheinen für nicht erforderlich erachtete. Andererseits wurde vom Bundesverwaltungsgericht noch 1964, JR 64,432 eine fernmündliche Rechtsmitteleinlegung nicht als den Erfordernissen des § 366 II LAG entsprechend angesehen, obwohl diese protokolliert worden war.

166) NJW 63,1466 = SchlHA 64,71 v. 17. 7. 62 - 1 Ws 101/62

167) Diese Ansicht leitet es daraus her, daß weder Beurkundung der Verlesung und Genehmigung der aufgenommenen Erklärung noch die Unterschrift des Erklärenden zu den wesentlichen Formerfordernissen für die Wirksamkeit des Protokolls gehörten.

168) NJW 69,1361 v. 2. 6. 69 - 1 Ws 302/69

169) Müller in KMR, § 314, Anm. 2c hält eine telefonische Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle uneingeschränkt für zulässig. Dünnebier in Löwe-Rosenberg Vorbem. I 4bb vor § 42 und Jagusch, Löwe-Rosenberg, § 314, Anm. 2b sowie Schwarz-Kleinknecht, Einleitung 5 G, erachten sie insoweit für möglich, als es sich um eine inhaltlich einfache Mitteilung handelt u. der Urkundsbeamte zur Aufnahme bereit ist. Lediglich E. Schmidt,

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die Rechtsprechung in jüngster Zeit dazu übergegangen ist, bei der Aufnahme einer Erklärung "zu Protokoll der Geschäftsstelle" auf die Anwesenheit des Erklärenden zu verzichten. Während sie es seit der Zeit des Reichsgerichtes bis 1962 unter Betonung des Grundsatzes der Rechtssicherheit, der ein persönliches Erscheinen erforderlich mache, abgelehnt hatte, eine telefonische Rechtsmitteleinlegung zu Protokoll anzuerkennen, geht die Entwicklung nunmehr in Richtung auf eine Aufgabe des Erfordernisses der persönlichen Anwesenheit. Während die frühere Rechtsprechung die Form der Erklärung durch das Erfordernis der persönlichen Anwesenheit stark betonte, nimmt die neuere Rechtsprechung eine am Sinn und Zweck der Erklärung zu Protokoll orientierte Auslegung vor. Sie kommt in Anlehnung an die Literatur zu dem Ergebnis, daß angesichts der modernen Nachrichtenübermittlung auf das Erfordernis der persönlichen Anwesenheit verzichtet werden könne. Dabei ist allerdings zu bedenken, daß auch zur Zeit der früheren Entscheidungen der Fernsprechverkehr, wenn er auch nicht so verbreitet war wie heute, die gleichen Möglichkeiten bot. Die veränderte Art der Auslegung wurzelt demnach nicht allein in der technischen Entwicklung. Es darf aber nicht verkannt werden, daß gewisse Gefahren in dem Verzicht auf persönliche Anwesenheit liegen. So können sich leicht bei der telefonischen Durchsage Fehler einschleichen, die wegen der räumlichen Entfernung nicht bemerkt werden. Darüberhinaus ergibt sich im persönlichen Gespräch zwischen Protokollbeamten und Einlegendem mancherlei, was in der relativen Anonymität eines Telefongesprächs verlorengeht und was einer sachgerechten Behandlung im Interesse des einzelnen wie auch der Allgemeinheit zuträglich sein könnte. Keinesfalls sollte man daher die telefonische Erklärung zu Protokoll für derart rechtlich komplizierte Erklärungen wie die Verfahrensrüge nach § 345 zulassen [170]. Diese Gefahren sind heute ebenso vorhanden wie 1906 zur Zeit der ersten grundsätzlichen Entscheidung des RG.
Aus der Tendenz der Rechtsprechung der letzten Jahre ergibt sich im Interesse der sachlichen Überprüfung von Entscheidungen durch Zulassung fernmündlicher Rechtsmittelerklärungen eine Auflockerung von Formen zugunsten der Ermöglichung materieller Gerechtigkeit.

2. Fragen der Auflockerung von gesetzlich vorgesehenen Formen treten auch anläßlich der Revisionsbegründung zu Protokoll der Geschäftsstelle auf. Nach ein-

---

Fortsetzung der Fn. 169) von S. 41:
LK II, § 314, Rdnr. 6 vertritt noch in Anlehnung an die frühere Rechtsprechung die Auffassung, daß eine telefon. Erklärung unzulässig sei.

170) so auch KMR (Sax), § 345, Anm. 9 d

helliger Auffassung [171] hat der Urkundsbeamte für die von ihm aufzunehmende Rechtsmittelerklärung eine selbständige Prüfungspflicht. Diese schließt die Übergabe einer Schrift, zu der der Beamte lediglich einen Protokollvermerk fertigt, aus. Ebenso ist die Aufnahme eines Protokolls nach Diktat des Rechtsmittelwerbers unzulässig. Während das RG [172] in ständiger Rechtsprechung die Wirksamkeit eines Protokolls ablehnte, wenn der Urkundsbeamte lediglich eine vom Angeklagten vorformulierte Erklärung ohne Prüfung unterschrieb oder auf eine derartige Schrift bezug nahm [173], ist in der Nachkriegsrechtsprechung in besonders gelagerten Ausnahmefällen von dieser Rechtsprechung abgewichen worden. So erklärte das OLG Oldenburg [174] eine Revisionsbegründung für wirksam, bei der der Beamte lediglich eine vom Angeklagten gefertigte Revisionsschrift abgeschrieben hatte und entnahm der dienstlichen Äußerung des Urkundsbeamten, die Revisionsbegründung sei ihm "nicht abwegig" erschienen, daß eine ausreichende Prüfung stattgefunden habe.

In einem Fall, in dem ein Anwaltsassessor mit dem Urkundsbeamten den Inhalt der Revisionsschrift besprochen hatte und tags darauf eine Schrift diesen Inhalts übergab, sah das OLG Köln [175] eine ausreichende Erklärung zu Protokoll als gegeben an. Der Gesetzeszweck werde gewahrt, wenn der Beamte maßgeblichen Einfluß auf Inhalt und Form ausgeübt habe, indem er vor Abfassung des Schriftstückes durch den Angeklagten die Angelegenheit mit ihm besprochen habe. Das Oberlandesgericht hält es für einen bloßen Formalismus, wollte man in dieser Situation eine eigene Niederschrift des Beamten verlangen. Das OLG Köln [176] bestätigte später seine Auffassung dahingehend, daß in Ausnahmefällen der Gesetzeszweck auch bei Übernahme einer von dritter Hand gefertigten Schrift durch den Protokollbeamten erreicht werden könne, wenn dieser die Urkunde geprüft, für sachgerecht befunden und dies ersichtlich gemacht habe.

In der Folgezeit hat das OLG Bamberg [177] unter Ablehnung der Auffassung des OLG Köln die vom Reichsgericht herausgestellten Grundsätze betont und die Übernahme einer Privatschrift auch nach Prüfung durch den Urkundsbeamten als unzulässig angesehen. Es wies dabei auf die Gefahr hin, die darin liegt, daß

---

171) E. Schmidt, LK II, § 345, Rdnr. 15, KMR (Sax), § 345, Anm. 9 d, Dalcke-Fuhrmann, § 345, Anm. 8, Löwe-Rosenberg-Jagusch, § 345, Anm. 3 d, Schwarz-Kleinknecht, Einleitung 5 E e

172) RG St 4, 7, RG St 12, 367, RG St 27, 211, RG St 52, 277

173) RG St 2, 444, RG St 14, 349

174) NJW 52, 908 v. 29.4.52 - Ws 52/52

175) JR 57, 308 v. 11.1.57 - Ws 508/56

176) DRpfl 58, 229 v. 30.12.57 - 2 Ws 369/57

177) MDR 61, 529 v. 16.12.60 - Ws 467/60

sich der Urkundsbeamte mit dem Durchlesen der Erklärung eines schriftgewandten Verurteilten begnügt, ohne eine eigenständige Prüfung vorzunehmen.
Aus der Rechtsprechung läßt sich die Tendenz erkennen, daß die Gerichte in der Zeit nach 1945 teilweise die ursprünglich streng formale Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Frage der Anforderung an die Protokollbegründung aufgegeben bzw. modifiziert haben. Während früher die Übergabe einer Schrift generell als unzulässig angesehen wurde, waren nunmehr Gerichte bereit, in besonders begründeten Ausnahmefällen, orientiert am Gesetzeszweck, die Übernahme einer Schrift nach Prüfung als statthafte Protokollbegründung anzuerkennen.
Die Änderung der Rechtsprechung und der geistige Umbruch in ihr wird dadurch deutlich, daß die Gerichte teilweise - insbesondere das OLG Köln - nunmehr die Form an ihrer Funktion messen, daß sie zwar "rein äußerlich" [178] die Form als nicht eingehalten ansehen, bei Wahrung des Gesetzeszweckes aber eine Formverletzung ablehnen, eine Interpretation, die zur Zeit des Reichsgerichts, wo die Rechtsprechung den Zweck der Form nicht erforschte, sondern die Form als vorgegeben übernahm, nicht vorgenommen wurde [179].

---

178) vgl. OLG Köln, s. Anm. 175

179) Dagegen zeigt die Rechtsprechung andererseits auf dem Gebiet der Revisionsbegründung von Verfahrensrügen eine Formenstrenge, die die Fassung des Gesetzes nicht erfordert. Eine Verweisung auf andere Schriftstücke in der Revisionsschrift wird ebenso wie in der Rechtsprechung vor 1945 als unzulässig angesehen, Nachweise aus der älteren Rechtsprechung mit Beispielen bei Löwe-Rosenberg-Jagusch, § 344, Anm. 2 b. So hielt der BGH in 1 StR 20/50 v. 19.12.50, zitiert bei Dallinger, MDR 51, 406, die Bezugnahme auf ein früher in gleicher Sache ergangenes Urteil für unwirksam und insoweit die Revisionsbegründung für nicht geschrieben. Auch die Bezugnahme auf der Revisionsschrift beigefügte Anlagen erklärte die Rechtsprechung BGH LM Nr. 2 zu § 345 v. 10.8.51 - 4 StR 402/51, BayOLG St 55, 256 = Bay JMBl 56, 97 v. 21.12.55 - RevReg 1 St 870/55, für unzulässig. Sie verlangt, daß die Revisionsbegründungsschrift in sich geschlossen ist und gestattet keinerlei Hinweise auf beigefügte Schriftstücke, so daß der die Revisionsbegründung fertigende Anwalt zum Abschreiben aller, die Revisionsbegründung betreffenden Urkunden gezwungen ist, Kritik an dieser Rechtsprechung übt Sarstedt, Revision, S. 84, 102, 122. Lockerungen von dieser strengen formellen Rechtsprechung sind nicht ersichtlich. Diese Formenstrenge hinsichtlich der Begründung läßt sich zwingend weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn und Zweck von § 345 folgern. Diese Rechtsprechung dient nur der Arbeitserleichterung der Gerichte. Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung bei Löwe-Rosenberg-Jagusch, § 344,

B. Im folgenden sollen prozessuale formale Bestimmungen, die sich auf den Inhalt der jeweiligen Prozeßhandlung beziehen und Probleme ihrer Durchbrechung erörtert werden.

1. Im Zusammenhang mit der bereits unter I C 1 erörterten Frage nach der Zulässigkeit der Einlegung eines unbestimmten Rechtsmittels taucht häufig in der Rechtsprechung die Frage auf, ob ein Übergang von der Revision zur Berufung und umgekehrt zulässig ist.

a) Die Frage des Übergangs von der eindeutig eingelegten Sprungrevision zur Berufung war in der Rechtsprechung auch noch nach Zulassung eines unbestimmten Rechtsmittels bestritten. Das RG hatte in der Rechtsprechung vor 1945 den Übergang von der Sprungrevision zur Berufung mit dem Hinweis abgelehnt, daß die Einlegung der Revision einen stillschweigenden Verzicht auf die Berufung zum Inhalt habe [180]. Diese Haltung des RG resultierte aus der grundsätzlichen Einstellung, daß sich Berufung und Revision gegenseitig ausschlössen und daher ein Nebeneinander beider Rechtsmittel nicht möglich sei [181].
In der Nachkriegsrechtsprechung hatte der BGH in BGH St 5, 338 (343) [182] zunächst noch Bedenken gegen die Zulässigkeit eines Übergangs von der Revision zur Berufung geäußert und in BGH St 13, 388 [183] bei "zweifelsfrei gewählter Revision" einen Übergang zur Berufung abgelehnt. Er hat jedoch in dieser Entscheidung ebenso wie später in BGH St 17, 44 [184] herausgestellt, der Umstand, daß der Rechtsmittelführer seinen Rechtsbehelf als Revision bezeichnet habe, hindere ihn - zumindest in der Regel - nicht daran, innerhalb der Revisionsbegründungsfrist zu erklären, das Rechtsmittel solle als Berufung behandelt werden.

Fortsetzung der Fn. 179) von S. 44:
Anm. 2 b und KMR (Sax), § 344, Anm. 14. Angesichts der Rechtsmittelfreundlichkeit auf anderen Gebieten läßt sich die Formenstrenge der Rechtsprechung auf diesem Teilgebiet aus einleuchtenden, sachlichen Unterscheidungskriterien nicht herleiten.

180) RG St 62, 426
181) RG St 60, 355 (357), RG St 63, 194
182) v. 20.11.53 - 1 StR 279/53
183) v. 15.1.60 - 1 StR 627/59
184) v. 22.1.62 - 5 StR 442/61

Die bei weitem überwiegende Mehrzahl der Gerichte [185] war gleicher Auffassung.

Dagegen hielt eine Minderheit [186] den Übergang der Revision zur Berufung für unzulässig, da die Einlegung eines bestimmten Rechtsmittels den Verzicht auf das andere zum Gegenstand habe. Gegen diese Argumentation wandte sich insbesondere der BGH [187] mit dem Hinweis, daß in der Einlegung des einen von zwei zulässigen Rechtsmitteln der Verzicht auf das andere nicht impliziert sei. Letztere Auffassung machte einen entscheidenden Umschwung in der Rechtsprechung deutlich. Die nunmehr herrschende Rechtsprechung argumentiert dahingehend, daß davon auszugehen sei, daß auch der Angeklagte, der Revision in Unkenntnis der noch nicht zugestellten Urteilsgründe einlege, sich noch nicht endgültig für das eine oder andere Rechtsmittel habe entscheiden können. Das mit der Einführung der Sprungrevision vom Gesetzgeber erkennbar Gewollte - die Wahl zwischen Berufung und Revision - müsse innerhalb des Gesetzeszweckes gefördert werden, soweit wesentliche Belange der Allgemeinheit nicht gefährdet seien [188].

---

185) OLG Köln, NJW 57, 641 v. 8.2.57 - Ws 608/56
OLG Karlsruhe, NJW 59, 209 v. 29.10.58 - 2 Ws 160/58
OLG Hamm, JMBl NRW 59, 175 v. 25.6.59 - 2 Ws 273/59
Schlesw. Holst. OLG, SchlHA 59, 216 v. 2.6.59 - Ws 79/59
OLG Celle, NJW 62, 67 v. 4.8.61 - 1 Ss 142/61
OLG Hamburg, GA 63, 27 v. 4.7.62 - 1 Ss 102/62

186) OLG Stuttgart, NJW 57, 641 = JZ 58, 64 v. 8.2.57 - 1 Ss 18/57
OLG Nürnbg., MDR 59, 595 v. 22.1.59 - Ws 14/59

187) BGH St 5, 338 ff., s. Anm. 182

188) In der Literatur sind die Auffassungen zu dieser Frage geteilt. Während Schäfer, NJW 51, 461 (464), E. Schmidt, NJW 60, 1651 u. JZ 62, 371 u. Kleinknecht, JZ 60, 755 den Übergang von der Revision zur Berufung für zulässig halten, lehnt Mayer, NJW 59, 1522, dies ab. Er stützt sich darauf, daß die Rechtsmittelerklärung im Interesse der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens endgültig sein müsse. Die Gegenmeinung argumentiert weitgehend ebenso wie die nunmehr herrschende Rechtsprechung. In der Kommentar-Literatur wird einhellig der Übergang von der Revision zur Berufung für zulässig gehalten: KMR (Sax) § 335, Anm. 5, Löwe-Rosenberg-Jagusch, § 335, Anm. 4, Dalcke-Fuhrmann, § 335, Anm. 2, E. Schmidt, LK II, § 300, Rdnr. 5, Schwarz-Kleinknecht, § 335, Anm. 2 C

b) Die Frage der Zulässigkeit des Übergangs von der Berufung zur Sprungrevision war von der Rechtsprechung bis 1945 [189] ebenfalls negativ beantwortet worden mit der Begründung, daß das öffentlich-rechtliche Interesse einen zweifelsfreien Bestand eines Rechtsmittels fordere; dies stehe einem Übergang entgegen. In der Nachkriegsrechtsprechung folgten zunächst einige Obergerichte dieser Auffassung [190]. Zu Beginn der fünfziger Jahre machte sich eine Umorientierung der Rechtsprechung in dieser Frage bemerkbar. Das OLG Celle [191] und kurz darauf der BGH [192] erklärten den Übergang von der Berufung zur Sprungrevision für zulässig, da ein Überspringen von einem Rechtsmittel zum anderen so lange möglich sein müsse, wie die für einen geordneten Fortgang des Prozesses erforderliche Klarheit keine endgültige Festlegung verlange, welches Rechtsmittel zur Entscheidung gelangen solle. Diese Auffassung kann nunmehr als einhellig angesprochen werden [193].

Die Rechtsprechung zur Zulässigkeit des Übergangs von dem einen zum anderen Rechtsmittel zeigt eine wachsende Auflockerungstendenz. Während bis 1945 das formelle auf die Rechtssicherheit abstellende Argument, daß eine einmal getroffene Wahl nicht mehr rückgängig gemacht werden könne, als allein entscheidend angesehen wurde, setzte in der Nachkriegsrechtsprechung die Preisgabe dieser Auffassung damit ein, daß der Übergang von der Berufung zur Sprungrevision mit der Begründung zugelassen wurde, daß es dem Rechtsmittelführer nach Kenntnis der Urteilsgründe noch gestattet sein müsse, einen weiteren Tatsachenrechtszug zu überspringen; dies allein entspreche dem Vereinfachungszweck des § 335 [194]. Gleichzeitig meldete die Rechtsprechung jedoch Bedenken für den umgekehrten Fall des Übergangs von der Revision zur Berufung an. Nachdem der BGH noch 1960 [195] zwar den Übergang von der Revision zur Berufung für zulässig erachtet hatte, dies aber ausschloß, wenn anstelle der Berufung "zweifelsfrei" die Revision gewählt worden war, erklärte er 1962 bereits den Übergang von der Revision zur Berufung regelmäßig für zulässig [196]. Die Entscheidungen der Oberlandesgerichte bestätigen - mit den wenigen oben aufgeführten Ausnahmen - diese Tendenz.

---

189) RG St 60, 354

190) OLG Kassel, HESt 2, 132 v. 2. 7. 48 - Ws 80/48,
OLG Hamburg, JR 52, 207 v. 8. 8. 51 - Ss 109/51

191) NdsRpflg 53, 232 v. 27. 10. 53 - Ws 266/53

192) BGHSt 5, 338 s. Anm. 182

193) statt aller: Löwe-Rosenberg-Jagusch, § 335, Anm. 3 mit Nachw.

194) BGH St 5, 338 (341) s. Anm. 182

195) BGH St 13, 388, s. Anm. 182

196) s. Anm. 183

Eine neuere Rechtsprechung überschreitet die Grenzen einer zulässigen Auslegung. Die Rechtssicherheit erfordert, daß die einmal erfolgte Festlegung auf ein Rechtsmittel nicht mehr umgestoßen werden kann. Die Tatsache, daß auf diese Weise ein Übergang von einem Rechtsmittel auf das andere ermöglicht werden soll, wenn der Verurteilte, statt die von der Rechtsprechung zugelassene Anfechtung zu wählen, sich aus Unkenntnis festgelegt hat, kann zwar unter bestimmten Voraussetzungen der Billigkeit entsprechen, rechtfertigt es aber nicht generell, gegen den im Interesse der Rechtssicherheit aufgestellten Grundsatz der Unabänderlichkeit der Rechtsmittelerklärung zu verstoßen. Das Gesetz kennt - wie oben bereits unter I C 1 festgestellt - kein unbestimmtes Rechtsmittel. Der Grundsatz der Bestimmtheit und der Unabänderlichkeit einer einmal eingelegten Rechtsmittelerklärung wird zugunsten der Wirksamkeit und der Erfolgsaussicht des Rechtsmittels und damit der weiteren Überprüfbarkeit durchbrochen.

2. Die Umgehung oder Auflockerung von Formalien ist auch dadurch möglich, daß die Rechtsprechung Zulässigkeitserfordernisse übergeht, indem sie Rechtsmittelanträge als stillschweigend gestellt ansieht, bzw. Anträge und Rechtsmittel so auslegt, oder umdeutet, daß unter Vernachlässigung formeller Gesichtspunkte Sachentscheidungen ergehen können.
Während die Rechtsprechung vor 1945 zwar einen stillschweigend gestellten Wiedereinsetzungsantrag anerkannte, dafür aber verlangte, daß ganz eindeutig zum Ausdruck gebracht wird [197], daß der angestrebte Rechtsbehelf trotz Verspätung noch zugelassen werden soll, sind diese Anforderungen nach 1945 wesentlich geringer geworden. So wurde [198] eine "Eingabe" eines Verteidigers mit dem Ziel, die Zulassung einer Revision zu erreichen, als ein wirksamer Wiedereinsetzungsantrag angesehen, obwohl weder das Wort Wiedereinsetzung in dieser "Eingabe" auftauchte, noch eine nachträgliche Zulassung begehrt wurde. Diese Entscheidung wurde damit begründet, daß der Verteidiger jeden möglichen Antrag habe stellen wollen, um die Zulassung der Revision zu erreichen. Der BGH [199] sah in der "Anfechtung eines Urteils" ohne nähere Bezeichnung der Art des Rechtsbehelfs ein wirksames Wiedereinsetzungsgesuch. Das verspätet eingelegte Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wurde vom OLG Neustadt [200] als ein Antrag auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumnis der Wiedereinsetzungsfrist angesehen. Das OLG Hamburg [201] sah im verspäteten Einspruch des Angeklagten gegen einen

197) RG in einer Zivilsache, JW 35, 277, weitere Beispiele bei Kalthoener, Probleme, S. 103, Fußn. 10
198) DOG JR 51, 215 v. 1.9.50 - I S 22/50
199) BGH St 11, 152 (154) v. 21.1.58 - 1 StR 236/57
200) GA 60, 319 v. 15.9.59 - Ws 166/59
201) DAR 58, 21 v. 29.5.57 - Ss 69/57

Strafbefehl einen ordnungsgemäßen Wiedereinsetzungsantrag. Schließlich hielt das OLG Hamm [202] eine Wiedereinsetzung von Amts wegen ohne einen dahingehend gestellten Antrag für wirksam, wenn diese unter Nichtbeachtung des fehlenden Antrags tatsächlich gewährt worden war [203].

Die Literatur billigt diese Auffassung und läßt einen stillschweigenden Wiedereinsetzungsantrag ausreichen [204].

Die Rechtsprechung hat sich auch bei der Auslegung und Umdeutung anderer Rechtsbehelfe großzügig gezeigt. So hat das OLG Köln [205] in der auf unzulässigen Einzelrügen gestützten Revisionsbegründung durch Auslegung die Erhebung der allgemeinen Sachrüge gesehen. Es sei, so führte das OLG aus, der wahre Wille des Angeklagten zu erforschen, dabei müsse nicht unbedingt auf die wörtliche Erwähnung der allgemeinen Sachrüge abgestellt werden [206]. Das OLG Hamm [207] hat sogar in dem Antrag auf Freispruch ohne nähere Antragstellung und Begründung die Erhebung der allgemeinen Sachrüge erblickt. Schließlich sah das OLG Hamburg [208] in einem Schreiben, das mit der Anrede "Sehr geehrter Herr Landgerichtsdirektor" begann und in dem die Bitte enthalten war, verschiedene Tatsachen in die Urteilsbegründung einzufügen, weil es dem Angeklagten bei der Verhandlungsführung nicht möglich gewesen sei, sich wirksam zu verteidigen, eine wirksame Einlegung der Revision. Das OLG begründete seine Auffassung damit, daß kein Grund ersichtlich sei, weshalb dem Angeklagten daran gelegen sein sollte, bestimmte Tatsachen nachträglich in das Urteil aufzunehmen, wenn er sich mit seiner Verurteilung zufrieden geben wollte.

Schon das RG hat im Wege der Auslegung eine materielle allgemeine Sachrüge in der Behauptung des Angeklagten gesehen, die Feststellungen des angefoch-

---

202) NJW 58, 880 v. 24.3.58 - 2 Ss 1829/57

203) Auch in der Zivilrechtsprechung wird die Wiedereinsetzung ohne ein ausdrücklich gestelltes Gesuch gegeben, wenn eindeutig ist, daß dem Betroffenen an der Wiedereinsetzung gelegen ist, sei es, daß er einen anderen Rechtsbehelf, der nicht durchgreifen kann, gewählt hat, sei es, daß er ein Rechtsmittel offensichtlich verspätet eingelegt hat, so OGHZ 3,262 (264) v. 17.3.50, OLG Hamm, DRZ 49, 448 (449) v. 12.7.48

204) so Kalthoener, Probleme, S. 103

205) MDR 54, 57 v. 8.5.53 - Ss 68/53

206) In dem zur Entscheidung stehenden Fall hatte der Urkundsbeamte die Rüge fehlerhaft aufgenommen; ohne die Möglichkeit der Wiedereinsetzung zu prüfen, wollte das Gericht offenbar "helfen"

207) NJW 64, 1736 v. 22.11.63 - 3 Ss 1039/63

208) NJW 65, 1147 v. 15.2.65 - 2 Ws 43/65

tenen Urteils seien widerspruchsvoll [209]. Es hielt auch grundsätzlich eine Auslegung der allgemeinen Sachrüge als Verfahrensrüge für zulässig [210].
Zusammenfassend ist zu der behandelten Rechtsprechung festzustellen, daß der überwiegende Teil der Entscheidungen bei der Frage der Auslegung und Umdeutung sogar beim Antragserfordernis sehr großzügig verfährt. Gegenüber der Rechtsprechung vor 1945 läßt sich eine Auflockerung erkennen, wenn auch damals schon teilweise großzügig bei der Auslegung verfahren wurde. Dies wird besonders deutlich bei der Frage der Gewährung von Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Dort ist von dem von der Rechtsprechung vor 1945 geforderten stillschweigenden Begehren nach Wiedereinsetzung, das im Wollen, einen verspäteten Antrag als rechtzeitig zu behandeln, seinen Ausdruck findet, nichts mehr übrig geblieben. Die neuere Rechtsprechung gewährt die Wiedereinsetzung in bestimmten Billigkeitsfällen mehr oder weniger von Amts wegen.
Formelle Gesichtspunkte, wie der Grundsatz der Eindeutigkeit und Bestimmtheit der Anträge,werden zugunsten der Durchführbarkeit des Rechtsmittelverfahrens weitgehend vernachläßigt. Nur einzelne Entscheidungen folgen dieser Tendenz nicht, sondern nehmen einen mehr formalen Standpunkt ein.
Die von der Rechtsprechung vorgenommenen Auslegungen und Umdeutungen überschreiten in vielen Fällen die Grenzen einer zulässigen Interpretation. Das Gesetz geht von dem Erfordernis eines bestimmten Wiedereinsetzungsgesuches in § 45 aus. Ebenso verlangt es eine eindeutige Erklärung, welches Rechtsmittel eingelegt werden soll und beschränkt die Auslegung wegen Falschbezeichnung auf die Fälle der "falsa demonstratio". Sicherlich ist die Berücksichtigung des wahren Willens des Betroffenen anzustreben; dieser kann aber nur soweit im Wege der Auslegung zum Tragen kommen, wie im Interesse der Rechtssicherheit erlassene Bestimmungen nicht entgegenstehen. Nur in diesem Rahmen kann sich eine zulässige Auslegung bewegen.

3. Ein weiteres Problem in diesem Zusammenhang stellt sich mit der Frage, ob das Rechtsmittelgericht Verfahrenshindernisse berücksichtigen kann, wenn es an einem ordnungsgemäß eingelegten Rechtsmittel fehlt. Bejaht man diese Frage, so kann auch ein unzulässiges Rechtsmittel Erfolg haben; das Verfahren wird eingestellt, der Angeklagte wird außer Strafverfolgung gesetzt.
Diese Problematik taucht insbesondere dann auf, wenn zwar Revision eingelegt ist, aber eine Begründung fehlt und offenbar ist, daß der Vorderrichter eine vorliegende Verjährung oder ein Verfahrenshindernis übersehen hat oder ein Verfahrenshindernis nach Erlaß des vorinstanzlichen Urteils eingetreten ist. Muß dann

209) JW 1931, 1618 Nr. 80
210) RG St 67, 197 (198)

trotz bestehenden Verfahrenshindernisses die Revision als unzulässig verworfen werden, oder kann das Verfahren trotz Fehlens eines ordnungsgemäßen Rechtsmittels eingestellt werden?

Schon das RG hat diese Frage nicht einheitlich beantwortet. Während es in einer Entscheidung aus dem Jahre 1919 [211] bei Fehlen einer ordnungsgemäßen Revisionsbegründung eine zwischenzeitlich ergangene Amnestie berücksichtigte und das Verfahren wegen Vorliegens eines Verfahrenshindernisses einstellte, ging es in einer Entscheidung aus dem Jahre 1929 [212] davon aus, daß auch die Prüfung eines Verfahrenshindernisses und die Einstellung nur möglich sei, wenn ein ordnungsgemäß eingelegtes und begründetes Rechtsmittel vorliege.

Die Rechtsprechung seit 1945 ist in dieser Frage ebenfalls uneinheitlich. Das Bayerische OLG behandelte diese Frage innerhalb eines kurzen Zeitraumes in zwei allerdings in einem Punkt von einander abweichenden Fällen unterschiedlich. Mit Entscheidung vom 5. 5. 53 [213] stellte es den Leitsatz auf, daß nur auf ein zulässiges Rechtsmittel hin das höhere Gericht berechtigt und verpflichtet sei, die Erfüllung der Verfahrensvoraussetzungen und das Fehlen von Verfahrenshindernissen während der vorangegangenen Rechtszüge nachzuprüfen. In dem zugrundeliegenden Fall hatte die Vorinstanz die vorher eingetretene Verjährung nicht berücksichtigt. Der Angeklagte hatte Revision eingelegt, diese aber nicht in zulässiger Weise begründet. Das Gericht stützte seine Auffassung darauf, daß eine Einstellung in der Revisionsinstanz trotz des Verfahrenshindernisses nicht erfolgen könne, weil die Revision nicht ordnungsgemäß begründet war und es deshalb an einem wirksamen Rechtsmittel fehle. Mangels eines ordnungsgemäßen Rechtsmittels sei das Urteil rechtskräftig geworden. Daher könne das Gericht die Frage, ob ein Verfahrenshindernis dem Urteil des Vorderrichters entgegengestanden habe, nicht prüfen.

Derselbe Senat berücksichtigte jedoch in der Entscheidung vom 13. 5. 53 [214] ein nach Urteilsverkündung des vorinstanzlichen Urteils eingetretenes Verfahrenshindernis, obwohl eine ordnungsgemäße Revisionsbegründung ebenfalls nicht vorlag. Die unterschiedliche Betrachtungsweise rechtfertigte der Senat damit, daß es sich bei der Berücksichtigung eines Verfahrenshindernisses nach Urteilsverkündung insoweit nicht um die Nachprüfung des Urteils der Vorinstanz handele. Daher brauche ein Rechtsmittel nicht ordnungsgemäß eingelegt zu sein. Diese Auffassung ist gegenüber dem früheren Urteil inkonsequent, als nach Auffassung des Gerichts die angegriffene Entscheidung noch nicht rechtskräftig geworden sein

---

211) RG St 53, 235

212) RG St 63, 15 (17)

213) Bay OLG St 53, 82 = NJW 53, 1402 = JZ 54, 580 - RevReg 1 St 56, 63

214) Bay OLG St 53, 97 = NJW 53, 1403 = JZ 54, 581 - RevReg 1 St 148/53

darf. Mangels einer ausreichenden Rechtsmittelbegründung liegt aber nach der Auffassung des Senats ein die Rechtskraft hemmendes Rechtsmittel nicht vor [215]. Die Widersprüchlichkeit kurz hintereinander ergangener Entscheidungen desselben Senats macht offenbar, daß hier im Interesse weiterer Überprüfbarkeit zur Ermöglichung materieller Gerechtigkeit ein kurz zuvor aufgestellter Grundsatz ausgehöhlt und dafür eine die Differenzierung keineswegs tragende Argumentation verwandt wurde. Die Tatsache, daß in dem letzteren Fall das Verfahrenshindernis erst nach Urteilserlaß eingetreten ist, erscheint zwar auf den ersten Blick hin eine unterschiedliche Beurteilung zu rechtfertigen. Es kann aber nicht über die Tatsache hinweggesehen werden, daß nach Auffassung des Senats nur ein ordnungsgemäß eingelegtes Rechtsmittel in der Lage ist, die Rechtskraft zu hemmen und daß ein Verfahrenshindernis nur im Rahmen eines wirksamen Rechtsmittels berücksichtigt werden kann. Dies war im zweiten Fall eindeutig nicht gegeben.
Demgegenüber stellte das OLG Neustadt [216] nicht auf eine ordnungsgemäße Rechtsmittelbegründung ab, sondern berücksichtigte eine eingetretene Verjährung als Verfahrenshindernis in der Revisionsinstanz, gleichgültig, ob die Verjährung vor oder nach Erlaß des vorinstanzlichen Urteils eingetreten ist, sofern die Revision rechtzeitig eingelegt worden war. Auf eine ordnungsgemäße Begründung komme es nicht an. Seine Auffassung begründete es damit, daß die Einlegung der Revision auch ohne ordnungsgemäße Begründung die Rechtskraft hemme. Das Gericht habe, bevor es die Begründetheit der Revision und damit die Ordnungsgemäßheit der Revisionsbegründung prüfe, die Verfahrensvoraussetzungen einschließlich der Verfolgungshindernisse zu berücksichtigen.
Der BGH hat ebenfalls innerhalb eines relativ kurzen Zeitraumes zu dieser Problematik entgegengesetzt entschieden. In einem Urteil aus dem Jahre 1960 [217] hat der 4. Senat für den Fall, daß die Vorinstanz ein Verfahrenshindernis übersehen hat, eine Einstellung des Verfahrens für möglich und erforderlich gehalten, obwohl eine ordnungsgemäße Revisionsbegründung nicht vorlag. Der Senat begründete seine Auffassung damit, daß die Gerechtigkeit eine Berücksichtigung von Verfahrenshindernissen verlange, wenn der Vorderrichter diese übersehen habe, auch wenn keine ordnungsgemäße Rechtsmittelbegründung vorliege. Die fehlende Revisionsbegründung sei nicht von so großer Bedeutung, daß deshalb ein Verfahrenshindernis unbeachtet bleiben könne.
Bereits ein halbes Jahr später wich ein anderer Senat des BGH [218] mit Zustimmung des 4. Senats von dieser Entscheidung ab und bezeichnete dieses Urteil als

---

215) vgl. insbes. BayOLG St 53, 82 (84)
216) GA 55, 185 v. 2.2.55 - Ws 8/55
217) BGH St 15, 203 = NJW 61, 228 v. 9.11.60 - 4 StR 407/60
218) BGH St 16, 115 = NJW 61, 1684 v. 16.6.61 - 1 StR 95/61

lediglich auf Billigkeitserwägungen beruhend, dem keine allgemeine Bedeutung zugemessen werden könne. Der neuen Entscheidung lag ein Urteil der Vorinstanz zugrunde, in dem eine Verjährung der Tat übersehen worden war. Nach rechtzeitig eingelegter Revision war eine fristgemäße Begründung nicht erfolgt. Seine die Berücksichtigung der Verjährung ablehnende Auffassung begründete der Senat damit, daß das Revisionsgericht zu einer Prüfung von Verfahrenshindernissen nur kommen könne, wenn es "überhaupt in zulässiger Weise mit der Sache selbst befaßt" werde. Dies sei nur der Fall, wenn neben der rechtzeitigen Revisionseinlegung auch die Revisionsbegründung rechtzeitig und ordnungsgemäß erfolgt sei. Nur wenn beide Voraussetzungen gegeben seien, sei das Rechtsmittelgericht in der Lage, irgendeinen Rechtsfehler - auch ein Verfahrenshindernis - zu berücksichtigen. Dies habe der Gesetzgeber mit der Einführung des Begründungszwanges ausdrücklich gewollt. Die entgegen dieser Absicht vorgenommene Berücksichtigung von Verfahrenshindernissen sei eine dem Richter verwehrte Korrektur des Gesetzes [219] [220].

Das Bayerische OLG [221] schloß sich später letzterer Auffassung des BGH an, indem es betonte, daß das Rechtsmittelgericht ein in der Vorinstanz aufgetretenes Verfahrenshindernis nicht von Amts wegen berücksichtigen, sondern nur auf ein gültig eingelegtes Rechtsmittel hin tätig werden könne.

Neuerdings hat der BGH [222] in einem Fall, in dem der Angeklagte eine von vornherein aussichtslose und abwegige Revisionsrüge erhoben hat, die Berücksichtigung von Verfahrenshindernissen für möglich gehalten. Der Angeklagte hatte gegen ein Verwerfungsurteil nach § 329 I die allgemeine Sachrüge erhoben. Trotz abwegiger Begründung, so stellte der BGH heraus, seien Verfahrensmängel von Amts wegen zu berücksichtigen. Seine Auffassung stützte er darauf, daß die gerügten Fehler theoretisch denkbar seien. Auf die Begründetheit der erhobenen

---

219) s. S. 119 der amtlichen Sammlung

220) Dagegen wird die Frage der Behandlung von Verfahrenshindernissen für den Fall, daß das Rechtsmittel zwar formell ordnungsgemäß begründet ist, aber andere Fehler als das Vorhandensein von Verfahrenshindernissen rügt, einheitlich beantwortet. Die Rechtsprechung berücksichtigt Verfahrenshindernisse, auch wenn die Rüge nur auf das Strafmaß, die Strafaussetzung oder die Kostenentscheidung beschränkt ist oder die allgemeine Sachrüge erhoben ist; vgl. BGH St 6, 304 v. 24. 9. 54 - 2 StR 598/53, BGH St 8, 269 = NJW 59, 1331 v. 11. 11. 55 - 1 St R 409/55, BGH St 13, 128 v. 13. 5. 59 - 4 StR 122/55 OLG Oldenburg, NdsRpfl 53, 207 v. 10. 2. 53 - Ss 362/52 BGH St 11, 393 (395) v. 26. 6. 58 - 1 StR 145/58

221) NJW 66, 1376 v. 16. 2. 66 - RReg 1 St 304/65

222) MDR 67, 776 v. 6. 6. 67 - 5 StR 147/67

Rüge komme es nicht an. Dabei übersieht der BGH offenbar bewußt, daß eine Rüge der Verletzung materiellen Rechts bei Verwerfung der Berufung wegen unentschuldigten Ausbleibens niemals durchgreifen kann. Diese neuere Entscheidung des 5. Senats des BGH kommt aus diesem Grunde dem als Billigkeitsentscheidung abgetanen Urteil des 4. Senats vom 9.11.60 [223] sehr nahe.
In der Literatur ist die Frage der Berücksichtigung eines Verfahrenshindernisses, ohne daß eine gültige Revisionsbegründung vorliegt, heftig umstritten [224]. Dieser Streit fordert in dem hier zur Erörterung stehenden Zusammenhang keine eigene Stellungnahme; sie würde auch den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Es ist lediglich festzustellen, daß die Gerichte einschließlich des BGH zur Vermeidung von unbilligen Ergebnissen Entscheidungen gefällt haben, von denen sie kurze Zeit später abgewichen sind und die sie als "Billigkeitsentscheidungen" bezeichnet haben; sie haben sich im Rahmen dieser Rechtsprechung entweder aufgrund von nicht überzeugenden Unterscheidungskriterien [225] oder sogar ohne Umschweife von den vorhergehenden Entscheidungen distanziert, wie es z.B. der BGH [226] mit der Floskel tat, daß die vorher vertretene Auffassung "eine dem Richter verwehrte Korrektur des Gesetzes" darstelle.
Hier behandelten die Gerichte prozessuale Formvorschriften - das Erfordernis der Revisionsbegründung als Voraussetzung zur Sachprüfung - so, wie sie es im Interesse der Gerechtigkeit für erforderlich hielten. Angesichts der Uneinheitlichkeit der Entscheidungen, auch schon zur Zeit vor 1945, ist es nicht möglich, von einer festen Tendenz zu sprechen. Doch sind in dieser Rechtsprechung Auflockerungserscheinungen gegenüber der Rechtskraft zu erkennen, die in der Nachkriegszeit in verstärktem Umfang aufgetreten sind.

---

223) s. Anm. 217

224) vgl. einerseits Theuerkauf, NJW 63, 1813 mit Nachweisen, der die Auffassung von BGH St 16, 115 teilt und andererseits E. Schmidt, JZ 62, 155 mit Nachweisen, der auch eine Einstellung wegen Vorliegens von Verfahrenshindernissen für den Fall fordert, daß die Revision nicht ordnungsgemäß begründet wurde; auch die Kommentar-Literatur ist uneinheitlich, vgl. KMR (Sax) Einleitung 11 d II

225) so das Bay OLG, Bay OLG St 53, 97 s. Anm. 214

226) BGH St 16, 115 (118) s. Anm. 218

III. Auflockerung von Terminbestimmungen.

Die Auflockerung von formellen Bestimmungen ist auch bei Terminvorschriften möglich. So können durch Auslegung von Bestimmungen im Zusammenhang mit der Terminswahrung die Anforderungen an die Verwerfung von Rechtsbehelfen als Folge der Terminssäumnis heraufgesetzt werden. Dadurch wird die Verwerfung von Rechtsmitteln eingeschränkt und eine Sachprüfung ermöglicht, die nach der Intention des Gesetzgebers eine größere Gewähr für die Verwirklichung materieller Gerechtigkeit bietet; formale Bestimmungen werden zugunsten materieller Gerechtigkeit eingeschränkt.

Nach § 329 ist bei Ausbleiben des Angeklagten in der Berufungsverhandlung, die auf ein von ihm eingelegtes Rechtsmittel anberaumt wurde, die Berufung zu verwerfen. Diese Vorschrift beruht auf der Vermutung, daß der Angeklagte durch sein Ausbleiben zu erkennen gibt, daß er auf die Durchführung des Rechtsmittelverfahrens verzichtet, daß er also das eingelegte Rechtsmittel zurücknimmt [227) 228)].

§ 412 sieht für den Fall, daß der Angeklagte ohne genügende Entschuldigung auf seinen Einspruch gegen den Strafbefehl oder die Strafverfügung in der Hauptverhandlung ausbleibt und auch nicht durch einen Verteidiger vertreten wird, die Verwerfung des Einspruches vor. § 412 ähnelt in seiner Struktur und Zielsetzung dem § 329 [229) 230)].

---

227) vgl. BGH 15, 287 (289) = NJW 61, 567 v. 23.11.60 - 4 StR 265/60 und BGH 17, 188 v. 3.4.62 - 5 StR 580/61

228) a) OLG Hamm, NJW 65, 410 v. 14.2.64 - 3 Ss 1117/63
b) Bay OLG, NJW 66, 1981 = MDR 66, 941 = JR 66, 390 v. 4.5.66 - RevReg 1 b St 67/66
Die Rechtsprechung sieht in dieser Vorschrift keine Verletzung des Verfassungsgrundsatzes des rechtlichen Gehörs, auch wenn das Gericht nur im Wege des Freibeweisverfahrens nachprüft, ob die vom Angeklagten vorgebrachten Entschuldigungsgründe ausreichen und den Angeklagten zum Ermittlungsergebnis nicht hört. Diese Auffassung wird damit begründet, daß eine nochmalige Anhörung den Verfahrenszweck von § 329 verfehlen würde.

229) vgl. E. Schmidt, LK II, § 412, Rdnr. 1; wegen des Unterschiedes aber auch Preiser, GA 65, 366 ff. Auch bei § 412 wird angenommen, daß der in der Hauptverhandlung ausbleibende Angeklagte an der Durchführung kein Interesse hat; vgl. BayOLG, DRPflg 62, 147 v. 25.1.62 - RReg 4 St 345/61

230) Die wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs gegen diese Vorschrift vorgebrachten Bedenken, vgl. Krause, MDR 64, 896 und Schultz, MDR 65, 17 (18) werden von der Rechtsprechung, OLG Bremen, NJW 62, 1735 v. 16.5.62 - Ss 24/62 nicht geteilt.

A. Eine Auflockerung von zwingenden, die Einhaltung von Terminen betreffenden Vorschriften ist dadurch möglich, daß die Rechtsprechung die Vertretungsbefugnis für den ausgebliebenen Angeklagten durch eine anwesende Person erweitert, bzw. die formellen Anforderungen daran vermindert und auf diese Weise eine Säumnis ausgeschlossen wird.

1. Nach § 411 II kann sich der Angeklagte in der auf seinen Einspruch gegen den Strafbefehl oder die Strafverfügung stattfindenden Hauptverhandlung durch einen mit schriftlicher Vollmacht versehenen Verteidiger vertreten lassen. In der Rechtsprechung bestand Uneinigkeit darüber, ob dazu eine Verteidigervollmacht, die zur Vertretung des Angeklagten ermächtigt, ausreicht oder ob es einer besonderen Vollmacht, die ausdrücklich zur Vertretung in Abwesenheit des Angeklagten bevollmächtigt, bedarf.
Während die Rechtsprechung des RG zu dieser Frage keine Stellung bezogen hatte, sondern herausstellte, daß eine einfache Vollmacht, ohne Gewährung der Vertretungsbefugnis zur Vertretung des Angeklagten nach § 411 II nicht ausreiche [231], ließ zunächst in der Nachkriegsrechtsprechung das OLG Düsseldorf [232] in einer Entscheidung aus dem Jahre 1955 die einfache Vertretungsbefugnis nicht genügen und sah den durch eine derartige Vollmacht ausgewiesenen Verteidiger nicht als wirksame Vertretung i. S. von § 411 II an. Es verlangte vielmehr, daß der Angeklagte durch eine besondere Vollmacht den Verteidiger "zur Vertretung des Angeklagten in dessen Abwesenheit" ermächtigt habe.
Demgegenüber war der BGH [233] jedoch der Auffassung, daß der mit Vertretungsvollmacht ausgestattete Verteidiger auch zur Vertretung des nicht anwesenden Angeklagten befugt sei, ohne daß es einer besonderen Vollmacht zur Vertretung für den Fall der Abwesenheit bedürfe. Zur Begründung führte der BGH an, daß der Schutzgedanke des § 411 II überspannt werde, wenn man neben der Vertretungsvollmacht die ausdrückliche Erklärung fordere, den Angeklagten "in dessen Abwesenheit" vertreten zu können. Dies laufe sogar dem Gedanken des § 411 II und dem Interesse des Angeklagten zuwider.

---

231) RG St 66, 209 (211)

232) JMBl NRW 55, 140 v. 14. 4. 55 - (1) Ss 152/55 unter Heranziehung einer Entscheidung des OLG Oldenburg, NJW 52, 1151 v. 30. 10. 51 - Ss 166/51, die sich aber mit der Frage nicht auseinandersetzte.

233) BGH St 9, 356 = NJW 56, 1727 = MDR 56, 757 = VRS 12, 219 = DAR 57, 107 v. 20. 9. 56 - 4 StR 287/56

Das OLG Köln [234] und das OLG Düsseldorf [235] unter Aufgabe seiner zuvor vertretenen Auffassung haben sich der Auffassung des BGH angeschlossen und eine allgemeine Vertretungsbefugnis als ausreichend angesehen.
Kommentar-Literatur [236] und die übrigen Verfasser [237] folgen dieser Rechtsprechung.
Zusammenfassend ist festzustellen, daß die Rechtsprechung nunmehr einhellig unter Aufgabe abweichender Auffassungen die Vertretungsbefugnis des Verteidigers nach § 411 II dadurch erweitert, daß sie keine ausdrückliche Vollmacht für den Fall der Abwesenheit des Angeklagten fordert. Dadurch wird die Möglichkeit der Verwerfung des Einspruchs wegen Nichterscheinens nach § 412 - eine Entscheidung, die der materiellen Gerechtigkeit entgegenstehen kann - eingeschränkt.

2. In einem Einzelfall hat die Rechtsprechung darüberhinaus, um eine Verwerfung des Einspruchs wegen Nichterscheinens zu verhindern, den Gerichten die Verpflichtung auferlegt, Möglichkeiten der Vertretung des Angeklagten zu suchen. So hat das OLG Saarbrücken [238] das über den Einspruch gegen den Strafbefehl entscheidende Gericht für verpflichtet gehalten, bevor es zur Verwerfung wegen Nichterscheinens kam, von Amts wegen zu prüfen, ob der erschienene Ehemann die ausgebliebene Angeklagte nicht vertreten könne; dies, obwohl der Ehemann keinerlei Erklärungen abgab, aus denen zu schließen gewesen wäre, daß er zur Vertretung bevollmächtigt war. Das OLG hat wegen Nichtberücksichtigung dieses Gesichtspunktes das Verwerfungsurteil nach § 412 aufgehoben.
Hier hat das Gericht, ohne daß Anhaltspunkte dafür bestanden, die Möglichkeit der Vertretung des ausgebliebenen Ehegatten durch den erschienenen zu einer von Amts wegen zu prüfenden Voraussetzung erklärt, obwohl § 411 II zeigt, daß das Gesetz den schriftlichen Nachweis der Vertretungsbefugnis durch eine Vollmachtsurkunde vom Vertreter verlangt und damit die Darlegungslast für die Vertretungsmacht dem Vertreter zuschiebt. Das OLG Saarbrücken ging über die vom Gesetz vorgenommene Verteilung der Darlegungslast und das Erfordernis des schriftlichen Vollmachtsnachweises hinweg, um das Verwerfungsurteil aufheben zu können und somit eine Sachentscheidung zu ermöglichen.

---

234) a) JMBl NRW 59, 72 v. 14.11.58 - Ss 317/58
b) JMBl NRW 64, 79 v. 5.11.63 - Ss 289/63
235) NJW 61, 89 = JMBl NRW 60, 247 v. 28.7.60 - (1) Ss 426/60
236) statt aller: Löwe-Rosenberg-Schäfer, § 411, Anm. 6 b
237) Schorn, JR 66, 7 (9)
238) JBl Saar, 62, 108 v. 14.12.61 - Ss 52/61

B. Eine Einschränkung der Verwerfungsmöglichkeit nach § 412, bzw. § 329 wegen Terminsversäumnisses kann auch durch eine Auslegung dahingehend erfolgen, daß diese Vorschriften nicht eine Fiktion, sondern nur eine Vermutung eines Verzichts auf Durchführung des Rechtsmittelverfahrens enthalten, die durch die Erkennbarkeit eines entgegenstehenden Willens des Angeklagten, auf der Verhandlung zu bestehen, widerlegt werden kann. Die Funktion von § 329 und § 412 besteht darin, den Angeklagten daran zu hindern, die Entscheidung über sein Rechtsmittel durch Fernbleiben von der Hauptverhandlung zu verzögern und dadurch die Rechtskraft hinauszuschieben [239]. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber die Unterstellung geschaffen, daß der säumige Angeklagte an der Durchführung der Hauptverhandlung kein Interesse habe und auf das Rechtsmittel und damit auf eine sachliche Überprüfung des Urteils verzichte [240].

In der Rechtsprechung vor 1945 hatten in Entscheidungen aus den Jahren 1929 und 1932 die Oberlandesgerichte Dresden [241] und Königsberg [242] die Verwerfung der Berufung wegen Ausbleibens des Angeklagten in der Hauptverhandlung abgelehnt, weil dieser zu erkennen gegeben habe, daß er auf der Durchführung des Rechtsmittelverfahrens bestehe. Angesichts dieses erkennbaren Willens habe die Verzichtvermutung keine Grundlage mehr. §§ 329, 412 seien Ausnahmevorschriften, die einengend auszulegen seien. Diese Auffassung lehnte das OLG Frankfurt [243] im Jahre 1937 ab und betonte, daß im Interesse einer geordneten Rechtspflege die Abwesenheit des Angeklagten in der Berufungsverhandlung zur Verwerfung seines Rechtsmittels führen müsse.

In der Nachkriegsrechtsprechung sah das OLG Düsseldorf [244] im Jahre 1952 von einer Verwerfung des Rechtsbehelfes mit der Begründung ab, daß erkennbar gewesen sei, daß der Angeklagte trotz Ausbleibens auf der Durchführung der Hauptverhandlung bestehe.

In der Folgezeit hat sich das Bayerische OLG [245] gegen diese Auffassung gewandt. Es hat den Einspruch des ausgebliebenen Angeklagten verworfen, obwohl dieser durch vor dem Termin gestellte Anträge zu erkennen gegeben hatte, daß er auf der Hauptverhandlung bestehe. Das Gesetz knüpfe die Verwerfung ohne Einschränkung als zwingende Folge an das Ausbleiben, ohne daß es darauf ankomme, ob der Angeklagte außerhalb der Einspruchsverhandlung eine Erklärung abgegeben habe.

---

239) BGH St 17, 188 (189) v. 3.4.62 - 5 StR 580/61

240) vgl. BGH St 15, 287 (289) v. 23.11.60 - 4 StR 265/60 mit Nachw.

241) JW 1929, 1504

242) JW 1932, 2920

243) HRR 1937, Nr. 1566

244) NJW 52, 38 v. 26.7.51 III 143/51

245) BayOLGSt 62, 67 = GA 62, 340 v. 13.3.62 - RReg 2 St 19/62

Die Kommentar-Literatur [246] ist überwiegend ebenfalls der Auffassung, daß es ausschließlich auf die tatsächliche Anwesenheit ankomme, nicht auf den zuvor erklärten Willen.

Im Hinblick auf widersprüchliche Entscheidungen in der Zeit vor 1945 und nach diesem Zeitpunkt kann von einer einheitlichen Tendenz in der Rechtsprechung im Vergleich der Zeit vor 1945 zu der Nachkriegszeit nicht gesprochen werden. Auffällig ist jedoch, daß die Rechtsprechung vor 1945 zunächst die an das Ausbleiben geknüpfte Vermutung zugunsten des Betroffenen für widerlegbar hielt und später zur Zeit des Nationalsozialismus diese Auffassung "im Interesse eines geordneten Verfahrensablaufs" aufgab. Die Nachkriegsrechtsprechung knüpfte an die Rechtsprechung vor 1933 an. Später entschied sich das Bayerische OLG jedoch für die Auffassung, daß die den §§ 329, 412 zugrundeliegenden Vermutung nicht widerlegbar sei.

Insgesamt ist festzustellen, daß einige Gerichte vor und nach 1945 die §§ 329, 412 so ausgelegt haben, daß die bloße Erklärung des Angeklagten vor der Verhandlung, er bestehe auf der Durchführung seines Rechtsmittels, den Erlaß eines Verwerfungsurteils ausschloß. Angesichts der Funktion der Verwerfungsvorschriften, eine Beschleunigung des Verfahrens zu erreichen und den böswilligen Angeklagten am Hinauszögern der Rechtskraft zu hindern [247] bestehen Bedenken, ob sich diese Rechtsprechung im Rahmen einer zulässigen Auslegung der betreffenden Vorschriften hält. Der Angeklagte könne als Folge dieser Auslegung den mit der Einführung von §§ 329, 412 bezweckten Erfolg dadurch umgehen, daß er vor der Verhandlung zu erkennen gibt, er bestehe auf der Verhandlung und damit eine Vertagung erreicht.

Ein Teil der Rechtsprechung setzt sich dennoch im Interesse der Verhinderung von Verwerfungsurteilen über diese Gesichtspunkte hinweg und erreicht dadurch eine Sachprüfung in einer weiteren Instanz. Dabei ist die auch in anderen Teilgebieten aufgetretene Tendenz festzustellen, daß zu Beginn der fünfziger Jahre eine großzügigere Haltung gegenüber dem Angeklagten eingenommen wurde als später.

---

246) für § 412: vgl. KMR (Müller), § 412, Anm. 1 c, E. Schmidt, LK II, § 412, Rdnr. 2; für § 329: KMR (Müller), § 329, Anm. 6 b, Löwe-Rosenberg-Jagusch, § 329 Anm. 8; eine abweichende Auffassung vertritt lediglich Dalcke-Fuhrmann, § 412, Anm. 3 ohne nähere Begründung; vgl. auch Busch, JZ 63, 457 (458) u. die dort Zitierten

247) vgl. Anm. 239 u. 240

C. Eine Auflockerung von Terminvorschriften durch Einschränkung von Verwerfungsurteilen kann auch im Rahmen der Beweiswürdigung durch die Gerichte geschehen. Nach allgemeinen Grundsätzen muß derjenige, der sich auf eine für ihn günstige Tatsache - den die Entschuldigung nach § 329 begründenden Umstand - beruft, den Nachteil tragen, der sich aus der Nichterweislichkeit der von ihm aufgestellten Behauptung ergibt. Das Gericht muß auch im Rahmen von Ermittlungen von Amts wegen einen gewissen Grad von Überzeugung erlangen, um bestimmte Tatsachen als vorhanden ansehen zu können. Falls diese Überzeugung des Gerichts nicht erreicht wird, geht das zu Lasten desjenigen, dem die Tatsache günstig gewesen wäre. Von diesen Grundsätzen ausgehend müßte eine Überzeugung des Gerichts dahingehend erreicht werden, daß der vorgebrachte Entschuldigungsgrund zutrifft, so daß bei ernstlichen Zweifeln des Gerichts an der Wahrheit eine ausreichende Entschuldigung i. S. von §§ 329, 412 nicht gegeben wäre.

Von diesen allgemeinen Grundsätzen ist die Rechtsprechung bei der Beweiswürdigung der Entschuldigungsgründe in zunehmendem Maße abgewichen; dies im Interesse der Überprüfbarkeit der Entscheidung durch Einschränkung von Formalurteilen.

Bereits das RG [248] vertrat die Auffassung, daß nicht schon der Verdacht der Unwahrheit des vorgebrachten Entschuldigungsgrundes, sondern erst die sichere Überzeugung davon die Verwerfung des Rechtsmittels wegen unentschuldigten Ausbleibens rechtfertige. In der Nachkriegsrechtsprechung hat sich diese Auffassung verfestigt. So ist das KG [249] davon ausgegangen, daß nicht der bloße Verdacht, sondern nur die bestimmte Feststellung, daß eine Entschuldigung unwahr sei, die Verneinung des Begriffes der genügenden Entschuldigung rechtfertige.

In einem Fall, in dem der Angeklagte ein 24 Stunden vor Beginn der Hauptverhandlung vom Gericht angefordertes amtsärztliches Attest nicht beibrachte, aber eine privatärztliche Bescheinigung vorlegte, wurde das Verwerfungsurteil mit der Begründung aufgehoben, daß die wegen Nichtbeibringens des amtsärztlichen Attestes bestehenden Zweifel am Vorliegen einer Krankheit nicht ausreichten, um das Ausbleiben des Angeklagten als unentschuldigt anzusehen [250].

Das OLG Hamm [251] hat in mehreren Fällen die Auffassung vertreten, daß der bloße Verdacht, ein Entschuldigungsgrund sei vorgeschoben, nicht das Vorliegen einer genügenden Entschuldigung ausschließe. So hat es die Vermutung, daß der

---

248) JW 1932, 3629

249) VRS 6, 312 v. 28.10.53 - 1 Ss 305/53

250) Schlesw. Holst. OLG, SchlHA 55, 31 v. 16.6.54 - Ss 114/54

251) a) MDR 61, 169 v. 19.9.60 - 2 Ss 655/60
b) JMBl NRW 63, 254 v. 5.9.63 - 2 Ss 906/63
c) NJW 65, 410 v. 14.2.64 - 3 Ss 1117/63

Angeklagte den plötzlichen Tod seiner Mutter als Vorwand benutzt habe, um in der Verhandlung nicht erscheinen zu müssen, nicht ausreichen lassen [252]. Das Fehlen eines amtsärztlichen Attestes allein rechtfertige bei Zweifeln an der Wahrheit der Auskunft der Ehefrau, der Angeklagte liege krank zu Bett, die Verwerfung nicht [253]. Dies müsse selbst dann gelten, wenn der Angeklagte schon drei Hauptverhandlungsterminen unter Vorlage eines privatärztlichen Attestes ferngeblieben sei und das Gericht ihn ausdrücklich aufgefordert habe, eine amtsärztliche Bescheinigung beizubringen. Auch darin, daß der Angeklagte eine vom Privatarzt angeforderte Urinprobe zum Nachweis seiner Nierenbeckenentzündung nicht beigebracht hatte, sah das Gericht keinen Grund zur Verwerfung des Rechtsmittels wegen Nichterscheinens in der Hauptverhandlung. Bei der Beurteilung des Genügens der Entschuldigungsgründe sei der Grundsatz "im Zweifel für den Angeklagten" anzuwenden. Ein anderes OLG [254] hielt einen noch so dringenden Verdacht, daß schlüssig vorgebrachte Entschuldigungsgründe in Wahrheit nicht vorlägen, nicht für einen die Verwerfung der Berufung rechtfertigenden Grund.

Gegenüber der Rechtsprechung des RG ist in den neueren Entscheidungen der Nachkriegsrechtsprechung eine wesentliche Auflockerung festzustellen. Während das RG noch betonte, daß nicht allein Zweifel an der Unwahrheit der vorgebrachten Entschuldigungsgründe die Verwerfung rechtfertigten, haben neuere Entscheidungen selbst in Fällen, in denen sich der Angeklagte geweigert hat, den Nachweis für seinen Entschuldigungsgrund zu erbringen, eine ausreichende Entschuldigung angenommen, so bei der Weigerung des Angeklagten trotz ausdrücklicher Aufforderung durch das Gericht, ein amtsärztliches Zeugnis beizubringen oder eine Urinprobe beim Arzt abzuliefern.

Die Entwicklung geht dahin, die Anforderungen an das Verwerfungsurteil immer höher anzusetzen. Diese Tendenz zeigt sich insbesondere in den Entscheidungen der letzten Jahre. Während die Rechtsprechung der ersten Nachkriegsjahre noch an die Rechtsprechung des RG anknüpfte, ist aus neueren Entscheidungen eine wesentliche Verschärfung der Anforderung an die Verwerfung erkennbar. Das wird besonders deutlich an der Entscheidung des OLG Stuttgart [255], das dem Gericht praktisch die Beweislast dafür auflegt, daß kein ausreichendes Entschuldigt-Sein vorliege und dem Urteil des OLG Hamm [256], das trotz dreimaligen Ausbleibens und Nichtbeibringung des angeforderten amtsärztlichen Attestes eine Verwerfung ausschloß.

---

252) s. Anm. 251 a

253) s. Anm. 251 b

254) OLG Stuttgart, MDR 64, 695 v. 13.3.64 - 1 Ss 158/64

255) s. Anm. 254

256) s. Anm. 251 b

Die Beweislast für den Entschuldigungsgrund, die dem Gesetzeswortlaut nach beim Kläger liegt, wird von der Rechtsprechung in jüngster Zeit im Interesse der Einschränkung von Verwerfungsurteilen umgekehrt. Um dieses Ziel zu erreichen ist die Rechtsprechung bereit, dem allgemeinen Prinzip der materiellen Beweislast in diesem Bereich seine Geltung abzusprechen. Die Kommentar-Literatur folgt dieser Rechtsprechung [257].

IV. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Neben der Auslegung und der Fiktion der Einhaltung von formellen Vorschriften zugunsten der Verwirklichung materieller Gerechtigkeit durch Ermöglichung von Sachentscheidungen hat die Rechtsprechung die Möglichkeit, in prozessualen Lagen, in denen es aufgrund von Fristversäumnissen zu die materielle Gerechtigkeit verletzenden Formalentscheidungen kommt, im Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu helfen. Diesen Rechtsbehelf sieht die StPO in §§ 44 bis 47 für den Fall vor, daß der Antragsteller durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle an der Einhaltung von Fristen gehindert wurde. Soweit Termine nicht eingehalten wurden, ist nach §§ 235, 315, 329 II, 342, 391 IV und 412 II ebenfalls die Wiedereinsetzungsmöglichkeit gegeben. Eine Wiedereinsetzung kommt grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn das Gesetz diese Möglichkeit vorsieht [258].
Die Rechtsprechung hat durch ausdehnende Auslegung der Wiedereinsetzungsbestimmungen schon oft Formalien umgangen und auf diesem Wege materielle Gerechtigkeit zu verwirklichen angestrebt.

A. Problematisch und in der Rechtsprechung häufig erörtert ist in diesem Rahmen die Vornahme einer form- und fristgebundenen Handlung in fehlerhafter Form innerhalb der Frist. Handelt es sich dabei um eine Formverletzung oder liegt eine Fristverletzung durch Nichtwahrung der Form innerhalb der Frist vor? Dies wird deshalb wichtig, weil § 44 die Wiedereinsetzung nur bei Fristversäumnis, nicht aber bei Formverletzung ermöglicht. Eine Wiedereinsetzung kommt daher nur in Betracht, wenn man das formunrichtige Handeln innerhalb der Frist

257) vgl. Löwe-Rosenberg-Jagusch, § 329, Anm. 6, § 412, Anm. 1 f (Schäfer), KMR (Müller), § 329, Anm. 6 a Schwarz-Kleinknecht, § 329, Anm. 4, Dalcke-Fuhrmann, § 329, Anm. 4

258) vgl. KMR (Sax), § 44, Anm. 1 b

als Fristverletzung ansieht [259].

Während das RG [260] die Auffassung vertrat, § 44 gewähre die Wiedereinsetzung nur, wenn die Frist versäumt wurde, nicht dagegen, wenn eine formfehlerhafte Handlung innerhalb der Frist vorgenommen worden sei, setzte in der Nachkriegszeit eine Umorientierung der Rechtsprechung ein. Die Auffassung des RG wurde von Obergerichten letztmalig in Entscheidungen des OLG Hamm [261] vom 23. 7. 1954 und des OLG Celle [262] vom 10. 5. 1954 aufrecht erhalten. Dort heißt es lediglich lakonisch, eine Nachholung von Formmängeln sei unmöglich, wenn innerhalb der Frist formunrichtig gehandelt worden sei; dafür sei eine Wie-

---

259) In der Literatur wird die Vornahme einer formunrichtigen Handlung innerhalb der Frist weitgehend der Fristversäumnis gleichgestellt, so KMR, § 44, Anm. 1 a, Löwe-Rosenberg, § 44 I 2 c, Sarstedt, JR 55, 29 und "Revision", S. 87, Fußn. 26, Rosenberg, JZ 53, 310, Kalthoener, NJW 57, 291. Nur eine Mindermeinung lehnt diese Auffassung ab: Dalcke-Fuhrmann, § 44, Anm. 1 und früher Löwe-Rosenberg, 20. Aufl., Anm. 6 zu § 44. Die herrschende Meinung gründet sich im wesentlichen darauf, daß eine formgebundene Verfahrenshandlung nur dann ordnungsgemäß innerhalb der Frist vorgenommen sei, wenn auch die Form gewahrt sei, so Sarstedt, JR 55, 29. Versäumnis in § 44 sei das Gegenteil von Einhaltung. Wenn aber die Frist für die Verfahrenshandlung nur dann gewahrt werde, wenn auch der Form genügt ist, müsse die Formverletzung der Fristverletzung gleichgesetzt werden. Die Gleichstellung in der Rechtsfolge - nämlich das Unwirksamsein der Verfahrenshandlung - verlange auch eine Gleichbehandlung von Frist- und Formversäumnis im Wiedereinsetzungsrecht, Kalthoener, NJW 57, 291. So könne den Verteidiger sowohl ein Verschulden hinsichtlich der Einhaltung der Frist wie ein solches hinsichtlich der Form treffen. Eine Differenzierung, die dazu führe, daß in einem Fall Wiedereinsetzung gewährt werde, im anderen dagegen nicht, sei nicht einzusehen, so Sarstedt, JR 55, 29.
Demgegenüber stützen sich die Gegner einer Gleichstellung von Frist- und Formverletzung auf das formale Argument, daß der Gesetzgeber, indem er in § 44 nur die Fristverletzung erwähnt habe, eine Einbeziehung der Formverletzung in das Wiedereinsetzungsrecht und somit eine Gleichstellung von Form- und Fristverletzung abgelehnt habe.

260) RG JW 1909, 330, Nr. 62, weitere Nachweise bei Löwe-Rosenberg, 18. Aufl. § 44, Anm. 2 c

261) MDR 55, 247 - 3 Ws 19/54

262) GA 54, 347 v. 10. 5. 54 - 1 Ws 180/54

dereinsetzungsmöglichkeit nicht vorgesehen. Die Möglichkeit, beide Versäumnisse gleichzustellen, wird offenbar überhaupt nicht gesehen.
Neuere Entscheidungen vertreten demgegenüber ausschließlich die Gegenmeinung, indem sie eine Gleichstellung von Form- und Fristvorschriften vornehmen und die Wiedereinsetzung auch bei Formverletzungen zulassen 263). Die Begründung der dort vertretenen Auffassung stützt sich ebenso wie die der herrschenden Meinung in der Literatur darauf, daß sich der Mangel der nicht eingehaltenen Form im Ergebnis als Fristverstoß zeige 264).
Die Tendenz der Rechtsprechung geht in jüngerer Zeit dahin, durch eine Gleichsetzung von Form- und Fristmängeln auch bei der Verletzung von Formen eine Wiedereinsetzung zu ermöglichen.
Während das Reichsgericht stets eine Wiedereinsetzung wegen Versäumnis einer Form abgelehnt hatte 265) und auch die Rechtsprechung der ersten Nachkriegsjahre an dieser Auffassung festhielt, hat sich seit 1956 ein entscheidender Wandel in der Rechtsprechung vollzogen. Entsprechend der überwiegenden Auffassung in der Literatur hält die Rechtsprechung nunmehr eine Wiedereinsetzung auch bei Verletzung von Formvorschriften wegen unabwendbaren Zufalls für möglich 266).
Das Ziel dieser veränderten Rechtsprechung ist darin zu sehen, daß die Gewährung von Wiedereinsetzungsmöglichkeiten ausgedehnt werden soll und die Verwer-

---

263) so das OLG Hamm in einer neueren Entscheidung aus dem Jahre 1956, NJW 56, 1571 v. 24.5.56 - 3 Ws 141/56, ohne überhaupt auf seine früher vertretene Auffassung einzugehen, das OLG Koblenz, NJW 62, 977 v. 11.1.62 - 1 Ws 335/61, das OLG München, NJW 62, 1530 v. 5.6.62 - Ws 222/62 u. das OLG Hamburg, NJW 65, 312 v. 6.11.64 - 2 Ws 310/64

264) Die Nachholung einer formgerechten Handlung sei nicht mehr möglich, wenn vorher die Frist abgelaufen sei; daher müsse zur Nachholung Wiedereinsetzung gewährt werden. Auch die Nichteinhaltung der Form bewirke, daß innerhalb der Frist keine wirksame Rechtsmittelerklärung eingehe. Eine Gleichstellung von Form- und Fristmängeln sei daher erforderlich, zumal § 35 a die Belehrungspflicht ebenfalls auf beide Formalien erstrecke und ein unterschiedliches Ergebnis bei einer falschen Belehrung hinsichtlich der Wiedereinsetzung nicht zu rechtfertigen sei.

265) die Entscheidung RG St 67, 197 bildet nur scheinbar eine Ausnahme

266) Dagegen wird eine ausdehnende Auslegung der Wiedereinsetzungsbestimmungen auf Terminsversäumnisse, soweit nicht die oben aufgeführten gesetzlichen Regelungen eingreifen, überwiegend abgelehnt, vgl. Löwe-Rosenberg-Dünnebier, § 44, Anm. I 2 a mit Nachw.; aber auch OLG Celle, NdsRpflg 48, 179 = HESt 3, 79 v. 29.6.48 - Ss 309/47

fung von Rechtsbehelfen aus formellen Gründen eingeschränkt wird. Auf diese Weise sollen der Gerechtigkeit möglicherweise entgegenstehende formelle Schranken abgebaut und statt formaler Entscheidungen Sachentscheidungen ermöglicht werden.

Die Ausdehnung der Wiedereinsetzungsvorschriften hält sich im Rahmen einer zulässigen Auslegung. Die h.M. beruft sich zu Recht darauf, daß eine fristgebundene Verfahrenshandlung nur dann gewahrt ist, wenn sie auch formgerecht vorgenommen wurde. Es darf keinen Unterschied im Ergebnis machen, ob der Rechtsanwalt, dessen Verschulden als unabwendbarer Zufall für den Angeklagten gilt, eine Frist- oder Formvorschrift verletzt. So gesehen ist im Rahmen einer am Zweck orientierten Auslegung die Gleichstellung von Form- und Fristvorschriften, wie sie von der Rechtsprechung vorgenommen wird, zulässig und die in der Rechtsprechung zu Tage getretene Tendenz zu begrüßen.

B. Ob eine Säumnis i.S. von § 44 vorliegt, ist nicht immer eindeutig zu beantworten. So ist in der Rechtsprechung und Lehre umstritten, ob bei Verhinderung, aufgrund unabwendbaren Zufalls eine bereits erhobene Revisionsrüge zu ergänzen, eine Säumnis vorliegt. Zweifel tauchen deshalb auf, weil die bereits erhobene Rüge die Revision formell zulässig machen kann, aber weiterer Vortrag erforderlich ist, um ihr zum Erfolg zu verhelfen. Wenn ein Versuch, die Revisionsrüge zu ergänzen, noch innerhalb der Begründungsfrist erfolgt, aber wegen unabwendbaren Zufalls fehlschlägt, liegt dann eine echte Säumnis i.S. von § 44 vor, ist dann die Wiedereinsetzung zur Ergänzung der Revisionsrüge zu gewähren?

In der Rechtsprechung der ersten Nachkriegsjahre setzte ein Umschwung gegenüber der Auffassung des Reichsgerichts [267] ein, nach der eine Wiedereinsetzung zur Nachholung einzelner Revisionsrügen generell als unzulässig angesehen worden war. So gewährte das OLG Frankfurt [268] im Jahre 1948 auch zur Nachholung einzelner Revisionsrügen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. In dem zugrundeliegenden Fall hatte der Verteidiger zwar die Revision vorsorglich begründet, ihm waren aber innerhalb der Begründungsfrist die Akten nicht zugänglich gewesen. Der Senat berief sich dabei in erster Linie auf Billigkeitsgesichtspunkte. Der Angeklagte dürfe dadurch, daß sein Verteidiger wenigstens einige Rügen erhoben hatte, nicht schlechter gestellt werden, als wenn er untätig geblieben wäre. Das Gericht [269] grenzte in einer weiteren Entscheidung seine Auffassung dahingehend ab, daß eine Wiedereinsetzung zur Nachholung

267) RG St 24, 250, JW 1928, 2718

268) HE St 2, 76 = NJW 47/48, 534 v. 20.1.48 - Ss 125/47

269) HE St 2, 77 v. 18.11.48 - Ss 281/48

einzelner Rügen dann nicht möglich sei, wenn der Angeklagte den von ihm verspätet vorgebrachten Revisionsgrund erst nach Ablauf der Frist erfahren habe. In diesem Fall sei der Angeklagte dadurch, daß er zur Zeit des Ablaufes der Revisionsbegründungsfrist keine Kenntnis von dem Wiedereinsetzungsgrund gehabt habe, nicht aber durch unabwendbaren Zufall an einem rechtlichen Vorbringen gehindert worden.

Der BGH [270] schloß sich demgegenüber im Jahre 1951 weitgehend an die vom Reichsgericht vertretene Auffassung an und lehnte eine Wiedereinsetzung zur Nachholung einzelner Revisionsrügen zumindest für den Fall ab, daß sowohl der Verteidiger als auch der Angeklagte in der Hauptverhandlung anwesend waren. Wichtige Verfahrensgrundsätze, wie die Einhaltung der Revisionsbegründungsfrist dürften nicht hinter dem Empfinden des Angeklagten, ihm sei in der miterlebten Hauptverhandlung unrecht geschehen, zurücktreten. Die in diesem Urteil gemachte Einschränkung bezüglich der Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung hat der BGH in einer kurz darauf erlassenen Entscheidung [271] nicht ausdrücklich wiederholt, sondern generell die Wiedereinsetzung zur Nachholung einer Verfahrensrüge nach rechtzeitig begründeter Sachrüge für unzulässig gehalten.

Dagegen erklärte das OLG Köln [272] kurz danach unter grundsätzlicher Anerkennung der vom RG und BGH aufgestellten Grundsätze die Wiedereinsetzung in einem Fall für zulässig, in dem der Angeklagte mit der Revisionseinlegung diese gleichzeitig nur formelhaft begründet hatte und die eigentliche Begründung wegen unabwendbaren Zufalls erst nach Ablauf der Frist erfolgte. Obwohl diese Entscheidung die grundsätzliche Auffassung des BGH nach außen hin anerkennt, ist nicht zu übersehen, daß das Gericht eine wichtige Differenzierung vornimmt, die der BGH in seiner Entscheidung vom 26.4.1951 [273] nicht gemacht hatte. Offensichtlich wollte der Senat einer Vorlage nach § 121 II GVG entgehen.

Das OLG Celle [274] und das OLG Saarbrücken [275] lehnten eine Wiedereinsetzung zum Zwecke der Nachholung einzelner formbedürftiger Prozeßhandlungen generell ab. Demgegenüber erachtete das OLG Stuttgart [276] die Wiedereinsetzung zur Nachholung einzelner Revisionsrügen für zulässig, wenn der Verteidiger zwar die allgemeine Sachrüge erhoben hatte, aber an der Rüge von ein-

---

270) BGH St 1, 44 v. 21.2.51 - 1 StR 5/51
271) NJW 51, 572 v. 26.4.51 - 4 StR 173/51
272) NJW 52, 558 v. 7.3.52 - Ws 33/52
273) s. Anm. 271
274) GA 54, 347 v. 10.5.54 - 1 Ws 180/54
275) JBl Saar 61, 49 v. 21.9.60 - Ss 9/60
276) GA 59, 384 v. 16.7.59 - 2 Ss 8/59

zelnen Verfahrenshandlungen wegen Krankheit gehindert worden war. Das OLG ging über die Rechtsprechung des BGH hinweg, indem es den von ihm entschiedenen Sachverhalt als Ausnahmefall bezeichnete.
Das Bayerische OLG [277] und das OLG Hamm [278] gewährten in Fällen, in denen der Urkundsbeamte unzutreffend die allgemeine Sachrüge aufgenommen hatte, statt einen Verfahrensfehler zu rügen, dem Angeklagten zur Nachholung der Verfahrensrüge Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Dabei versuchte das Bayerische OLG seine Ansicht mit der Auffassung des BGH in Einklang zu bringen, indem es unterstellte, der BGH habe in BGH St 1, 44 ein Nachschieben von Gründen als grundsätzlich möglich anerkannt. Eine derartige Interpretation läßt diese Entscheidung nicht zu, zumal der BGH seine Meinung kurz danach präzisiert hat [279]. Das Gericht ließ im Gegensatz zum BGH zur Nachholung einer weiteren Rüge die Wiedereinsetzung zu, obwohl die Revision schon aufgrund der zuvor erhobenen allgemeinen Sachrüge zulässig gewesen war.
Im Jahre 1960 erachtete der BGH [280] in einem besonders gelagerten Ausnahmefall ein Nachholen der Revisionsbegründung für zulässig. Dort war aufgrund unabwendbaren Zufalls die rechtzeitig zu Post gegebene Revisionsbegründung verspätet bei Gericht eingegangen, während die nachträgliche Ergänzung der Revisionsschrift zuvor schon fristgemäß - also vor Eingang der Hauptschrift - bei Gericht angekommen war. Die Ergänzung hätte allein für sich schon ausgereicht, um die Revision als zulässig erscheinen zu lassen. Der BGH stützte unter Aufrechterhaltung seiner in BGH St 1, 44 erklärten Auffassung die Entscheidung darauf, daß der rechtzeitig eingegangenen Ergänzung in Anbetracht der Hauptschrift keine selbständige Bedeutung beigemessen werden könne.
In einer Entscheidung aus dem Jahre 1962 ließ der BGH [281] die Frage der Zulässigkeit der Wiedereinsetzung zum Nachschieben von Einzelrügen erstmals ausdrücklich offen. Das OLG Frankfurt [282] hielt danach die Ergänzung einer Revisionsrüge im Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand für den Fall für zulässig, daß innerhalb der Begründungsfrist die Behandlung eines Beweisantrages nur allgemein gerügt worden war und die Ausführung der Rüge erst nach Fristablauf nachgereicht wurde. Seine Auffassung versuchte es mit der BGH-Rechtsprechung dadurch in Einklang zu bringen, daß es die Zweifel, die der

277) Bay OLG St 59, 275 = NJW 60, 209 = JR 60, 145 = Rpfl 60, 213 v. 18.9.59 - 1 St 503/59
278) DRpfl 60, 213 v. 6.10.59 - 1 Ss 316/59
279) s. Anm. 271
280) BGH St 14, 330 = MDR 60, 862 = NJW 60, 1775 v. 10.6.60 - 2 StR 132/60
281) NJW 62, 818 v. 17.1.62 - 4 StR 392/61
282) NJW 63, 1792 v. 28.5.63 - 1 Ws 171/63

BGH in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1962 [283] zum Ausdruck brachte, herausstrich. Die Entscheidung des OLG ist offenbar darauf zurückzuführen, daß angesichts der Tatsache, daß dem Verteidiger die Akten erst nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist ausgehändigt worden waren und somit erst dann eine ordentliche Revisionsbegründung möglich war, ein unbilliges Ergebnis vermieden werden sollte.

Das OLG Braunschweig [284] hielt 1963 in einem Fall, in dem die allgemeine Sachrüge erhoben worden war, die Wiedereinsetzung zur Erhebung einer Verfahrensrüge für zulässig und versuchte, die Entscheidung des BGH so zu interpretieren, daß eine Vorlagepflicht entfiel.

Eine grundsätzliche Umorientierung höchstrichterlicher Rechtsprechung kündigte sich mit einer Entscheidung des BGH [285] aus dem Jahre 1965 an, mit der er die Wiedereinsetzung zur Nachholung einzelner Rügen zuließ. In dem zugrundeliegenden Fall hatte der Angeklagte glaubhaft gemacht, daß der Verteidiger die Verletzung der Sachaufklärungspflicht nur deshalb nicht in der sonst form- und fristgerechten Revisionsbegründung gerügt hatte, weil er damals aufs Schwerste erkrankt war. Kurz danach hat der BGH [286] jedoch seine frühere Auffassung erneut bestätigt, und zwar in einem Fall, in dem zunächst die allgemeine Sachrüge erhoben worden war und eine später nachgeschobene Verfahrensrüge bei Gericht einging. Der BGH lehnte die Wiedereinsetzung zur Nachholung dieser Rüge ab. Neuerdings hat das OLG Oldenburg in einer Entscheidung aus dem Jahre 1967 [287] sich ebenfalls dieser Rechtsprechung angeschlossen und es abgelehnt, Wiedereinsetzung zur Begründung einer Verfahrensrüge zu erteilen, wenn gleichzeitig mit der unzulässigen - weil nicht begründeten - Verfahrensrüge die zulässige allgemeine Sachrüge erhoben worden war.

Die Rechtsprechung zu diesem Problem zeigt, daß immer wieder Gerichte den Begriff der Säumnis i. S. von § 44 so auslegen, daß über den Ablauf der Revisionsbegründungsfrist hinaus der Angeklagte in der Lage ist, im Wege der Wiedereinsetzung Tatsachen geltend zu machen, die geeignet sind, durch Ermöglichung von Sachentscheidungen materielle Gerechtigkeit verwirklichen zu helfen. Dabei stellen sie sich teilweise gegen die bis vor einigen Jahren weitgehend eindeutige Auffassung des BGH und gehen mit Hilfe von Scheinargumenten einer Vorlage nach § 121 GVG aus dem Wege, um die von ihnen als gerecht er-

---

283) s. Anm. 281

284) NJW 63, 2038 v. 1. 7. 63 - Ss 103/63

285) v. 25. 5. 65 - 3 StR 5/65 zit. bei Dallinger, MDR 66, 25

286) Beschl. v. 30. 7. 65 - 4 StR 317/65, zit. bei Willms, NJW 65, 2335, Anm. 3

287) NJW 68, 64 v. 26. 10. 67 - 1 ARs 61/67

kannten Ergebnisse auch im Hinblick auf eine grundsätzlich abweichende BGH-Rechtsprechung halten zu können.
Auch die BGH-Rechtsprechung ist neuerdings nicht ganz einheitlich. Wenn auch der BGH grundsätzlich an seiner Auffassung festhält, daß die Wiedereinsetzung zum Nachschieben einzelner Revisionsrügen unzulässig sei, so ist dennoch insbesondere gegenüber der Rechtsprechung des Reichsgerichts eine gewisse Auflockerung erkennbar, die in Einzelentscheidungen deutlich wird [288].
Auch in der Kommentar-Literatur finden sich in dieser Frage gegensätzliche Stellungnahmen [289]. In der übrigen Literatur wird die Auffassung der Rechtsprechung des BGH weitgehend abgelehnt; Kalthoener [290] weist darauf hin, daß eine Säumnis immer nur im Hinblick auf einzelne Prozeßhandlungen festgestellt werden könne. Daraus folge, daß für jede einzelne Prozeßhandlung revisionsbegründenden Inhalts die Revisionsfrist laufe. Es gebe ebenso viele Möglichkeiten, eine Revisionsfrist zu wahren oder zu versäumen, wie es mögliche Revisionsrügen gebe. Daher könne auch für jede einzelne Revisionsrüge Wiedereinsetzung verlangt werden [291]. Mit Hinweis auf die Möglichkeit des Urkundsbeamten, bei der Protokollaufnahme einzelne Revisionsrügen zurückzuweisen, ist Pentz [292] gleicher Meinung. Bei formelhafter Begründung eines Rechtsmittels müsse dessen Ergänzung möglich sein, um die formelle Begründung durch eine sachliche Rechtfertigung auszufüllen. Kohlhaas [293] stellt unter Ablehnung der BGH-Rechtsprechung heraus, daß es unbillig sei, dem Angeklagten, dessen Verteidiger die allgemeine Sachrüge erhoben habe, die Wiedereinsetzung zu verweigern, während bei Untätigkeit des Verteidigers Wiedereinsetzung gewährt werden könne. Das führe zu dem - für den Laien unverständlichen - Ergebnis, daß der Rechtsanwalt bewußt die Frist verstreichen lassen müsse, um nicht die Wiedereinsetzungsmöglichkeit zu verlieren.

---

288) vgl. Anm. 281 und Anm. 285

289) Löwe-Rosenberg-Dünnebier, § 44, Anm. I 2 c halten die Ergänzung der Rüge im Wege der Wiedereinsetzung für zulässig, während Schwarz-Kleinknecht, § 44, Anm. 3, Dalcke-Fuhrmann, § 44, Anm. 1 und Jagusch in Löwe-Rosenberg, § 345, Anm. 1 a, der Rechtsprechung des BGH folgend eine Wiedereinsetzung ablehnen und Sax in KMR, § 44, Anm. 1 d sich auf die Wiedergabe der Rechtsprechung beschränkt.

290) "Probleme", S. 44 ff., 56 und NJW 57, 291

291) so insbesondere "Probleme", S. 56, 57

292) NJW 62, 1236 und MDR 62, 532

293) NJW 55, 742

Sarstedt 294) weist auf den Konflikt hin, der durch das allgemeine Interesse an einem geordneten Fortgang des Verfahrens und einer raschen Klärung der Lage einerseits und dem Interesse des Beschwerdeführers, die ihm zustehenden Rügen geltend machen zu können, andererseits bestehe. Zwischen der Dauer der Revisionsbegründungsfrist und der übrigen Dauer des Verfahrens bestehe ein so großes Mißverhältnis, daß nicht einzusehen sei, warum ein Nachschieben von Rügen ausgeschlossen sein sollte.
In der Tat zeigt sich in dieser Frage der Konflikt zwischen der formellen Ordnung, die eine enge Auslegung der Wiedereinsetzungsmöglichkeiten im Interesse eines beschleunigten Fortgangs des Verfahrens herbeizuführen sucht und dem Streben nach materieller Gerechtigkeit, die eine größtmögliche Überprüfbarkeit der Entscheidungen durch ordnungsgemäße Revisionsrügen erfordert. Die BGH-Rechtsprechung löst, wenn auch nicht einheitlich, diesen Konflikt überwiegend zugunsten der formellen Ordnung, während verschiedene Oberlandesgerichte und die Rechtslehre den Begriff "Säumnis" so auslegen, daß eine Wiedereinsetzung zur Nachholung einzelner Revisionsrügen möglich ist.
Die von den verschiedenen Oberlandesgerichten im Gegensatz zur Auffassung des BGH vorgenommene Auslegung des Begriffes der "Säumnis" im § 44 läßt sich mit dem Sinn der Wiedereinsetzungsvorschriften in Verbindung mit den Bestimmungen über die Revisionsbegründung vereinbaren. Wie in der Rechtslehre und von einzelnen Gerichten richtig herausgestellt, muß es angesichts der Vielzahl der Rügemöglichkeiten auch ebenso viele Eventualitäten der Versäumnis dieser Einzelrügen geben. Es ist nicht einzusehen, warum die Verhinderung an der Ergänzung einer Rüge durch unabwendbaren Zufall keinen Wiedereinsetzungsgrund darstellen soll; schließlich ist die später rechtzeitig innerhalb der Frist versuchte Einzelrüge aufgrund äußerer, nicht im Verschulden des Angeklagten liegender Umstände versäumt worden 295). Daß die Rüge auch schon vorher zulässig war, darf dem Verurteilten nicht zum Nachteil gereichen. Man gibt ihm Steine statt Brot, wenn man den Erfolg seiner Revision dadurch verhindert, daß man die Wiedereinsetzung für einzelne Rügen für unmöglich erklärt, weil die Revision schon ohne die mit dem Wiedereinsetzungsgesuch vorgetragenen Tatsachen zulässig ist.

C. Durch die Wiedereinsetzung sollen die Folgen der Säumnis ausgeschlossen werden. Im Wege einer ausdehnenden Auslegung und Anwendung der Wiedereinsetzungsvorschriften ist es daher möglich, die formellen Folgen weitgehend einzuschränken. Dies kann unter anderem durch Ausdehnung der Fälle unabwendba-

294) "Revision", S. 85/86, Anm. 24 und JR 60, 146
295) so auch Kalthoener, s. Anm. 290

ren Zufalls geschehen. Unter einem unabwendbaren Zufall i. S. von § 44 versteht man ein Vorkommnis, "das unter den gegebenen, nach der Besonderheit des Falles zu berücksichtigenden Umständen auch durch die äußerste diesen Umständen angemessene und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt weder abzuwehren noch in seinen schädlichen Folgen zu vermeiden ist" 296) 297).
In vielen Bereichen ist die Rechtsprechung, was die Beurteilung von Geschehnissen als unabwendbaren Zufall angeht, im Vergleich zu der Zeit vor 1945 gleich geblieben. So werden nach wie vor eine Verzögerung durch die Post 298), Versäumnisse infolge der Verkehrsverhältnisse 299), behördliches Verschulden 300)

---

296) RG St 70, 186

297) Die unabwendbaren Zufälle sind zu unterscheiden von den Umständen, die ein Ausbleiben in der Hauptverhandlung nach § 329 I oder § 412 I entschuldigen. Beim unabwendbaren Zufall handelt es sich um den engeren Begriff, an den strengere Voraussetzungen als an das unentschuldigte Ausbleiben zu knüpfen sind, BayOLG St 53, 137 v. 8. 7. 53 - RevReg 571/52. Demgemäß ist im Wiedereinsetzungsverfahren nach § 329 II nur ein unabwendbarer Zufall i. S. von § 44 beachtlich und eine Nachprüfung, ob das Ausbleiben genügend entschuldigt ist, findet nicht mehr statt, OLG Hamm, JMBl NRW 54, 264 v. 16. 7. 54 - 1 Ws 328/54. Auch kann der Angeklagte sein Wiedereinsetzungsgesuch auf Tatsachen, die das Berufungsgericht als nicht genügende Entschuldigung für das Ausbleiben des Angeklagten in der Berufungsverhandlung angesehen hat, nicht stützen, OLG Celle, NdsRpfl 55, 220 v. 16. 6. 55 - 2 Ws 179/55

298) OLG Hamm, DRpfl 53, 249 v. 26. 2. 53 - 2 Ws 6/53, BayOLG, NJW 54, 323 v. 13. 11. 53 - 2 St 339/53, BGH, s. Anm. 280; wegen der Zeit vor 1945 vgl. Löwe-Rosenberg-Dünnebier, § 44, Anm. 4

299) OLG Hamm, VRS 7, 311 v. 22. 7. 54 - 3 Ws 95/54

300) OLG Bremen, NJW 54, 46 = DRpfl 55, 108 v. 14. 10. 53 - Ws 140/53, OLG Hamm, MDR 60, 426 = JMBl NRW 60, 35 v. 30. 11. 59 - 2 Ss 1392/59, OLG Saarbrücken, JBl Saar 65, 93 v. 4. 2. 65 - Ss 72/64, Bay OLG, NJW 54, 323 v. 13. 11. 53 - RevReg 2 St 339/53, OLG Hamm, JMBl NRW 54, 262 v. 1. 2. 54 - (1) 2 a Ss 1396/53, BayOLG St 59, 275 = NJW 60, 208 = JR 60, 145 = DRpfl 60, 213, OLG Hamm, DRpfl 60, 213 v. 6. 10. 59 - 1 Ss 316/59 v. 18. 9. 59 - 1 St 508/59, OLG Karlsruhe, MDR 54, 375 v. 5. 2. 54 - 2 Ws 66/53, OLG Hamm, NJW 58, 1836 = JMBl NRW 58, 250 v. 22. 7. 58 - 2 Ws 147/58, OLG Saarbrücken, JBl Saar 64, 116 v. 8. 11. 63 - Ws 113/63, OLG Frankfurt, NJW 47/48, 534 v. 20. 1. 48 - Ss 125/47, NJW 63, 1792 v. 28. 5. 63 - 1 Ws 171/63, OLG Schleswig, NJW 54, 325 v. 2. 10. 53 - Ws 225/53, OLG Hamm JMBl NRW 57/178 v. 26. 4. 57 - 2 Ws 84/57, OLG Bremen, NJW 56, 233 v. 22. 12. 55 - Ws 227/55; Nachweise für die Zeit vor 1945 bei Löwe-Rosenberg § 44 II 5

und Verschulden des Verteidigers im eigentlichen Strafverfahren [301] als unabwendbare Zufälle angesehen.

In einigen Fällen hat die Rechtsprechung in Erweiterung der zuvor erwähnten Entscheidungen die persönlichen Verhältnisse und das mangelnde Verschulden des Betroffenen im Wege der Auslegung für einen unabwendbaren Zufall gehalten.

So sah das LG Krefeld [302] in der Tatsache, daß der Angeklagte den Hauptverhandlungstermin deshalb versäumte, weil ihm seine Ehefrau irrtümlich einen falschen Terminstag angegeben und er selbst die Ladung nicht eingesehen hatte, einen unabwendbaren Zufall. In dem zugrundeliegenden Fall hatte die Ehefrau dem im Krankenhaus befindlichen Angeklagten infolge Versehens ein falsches Datum mitgeteilt. Nach seiner Entlassung hatte der Angeklagte die Ladungsurkunde nicht mehr eingesehen, sondern sich auf die wiederholten Angaben seiner Ehefrau verlassen. Das Gericht begründete seine Auffassung damit, daß es in einfacheren Kreisen üblich sei, daß sich die Ehefrau um die persönlichen und geschäftlichen Dinge des arbeitenden Ehemannes kümmere. Dieser überlasse ihr diesen Aufgabenbereich. Wenn in dem zur Entscheidung stehenden Fall sich der

---

301) anders die frühere Rechtsprechung des RG, RGSt 35, 109 (110), später aber RGSt 70, 186, RGSt 75, 171, OLG Gera, NJ 47, 107 v. 21.4.47 - 1 Ss 86/47, OLG Braunschweig, NdsRpfl 47, 137 v. 18.8.47 - Ws 29/47 KG, HESt 1, 162 = JR 47, 31 v. 10.12.46 - AR 131/46 Schlesw. Holst. OLG, SchlHA 48, 146 v. 24.3.48 - Ws 34/48, OLG Nürnberg, MDR 64, 614 v. 24.3.64 - Ws 39/64, OLG Hamburg, NJW 65, 312 v. 6.11.64 - 2 Ws 310/64 sofern lediglich die Kostenfrage zur Entscheidung steht, vgl. OLG Celle, MDR 59, 778 = NJW 59, 1932 = NdsRpfl 59, 186 v. 9.6.59 - 2 Ss 140/59, OLG Hamm, NJW 61, 1319 v. 29.3.61 - 2 Ws 13/61. Hinsichtlich des Privatklageverfahrens vgl. RGSt 70, 186, OLG Hamburg, HESt 2, 75 v. 14.5.47 - Ws 54/47, NJW 47/48 534 v. 29.12.47 - Ws 152/47, NJW 53, 38 v. 8.9.52 Ws 290/52, LG Kiel, SchlHA 48, 209 v. 21.8.48 - 9 Qs 283/48, OLG Düsseldorf, JMBl NRW 51, 209 v. 25.4.51 Ws 131/51, BayOLG St 51, 556 = JZ 52, 429 = JR 52, 207 v. 9.11.51 - RevReg 2 St 19/51, OLG Köln, JR 52, 484 = JMBl NRW 52, 219 v. 27.6.52 - Ws 122/52, Schlesw.-Holst. OLG, SchlHA 54, 209 v. 18.2.54 - Vs 31/54, OLG Celle, MDR 59/60 v. 12.8.58 - 2 Ws 158/58, OLG Nürnberg, MDR 64, 252 v. 22.8.63 - Ws 285/63, KG, NJW 65, 1032 v. 25.1.65 - 1 Ws 512/64, demgegenüber aber OLG Hamm, NJW 51, 854 v. 12.7.51 - 2 Vs 13/51. Dasselbe Gericht hat später, ohne eine Einschränkung hinsichtl. d. Revisionsbegründung zu machen, das Verschulden des Büroangestellten des Privatklägervertreters als unabwendbaren Zufall angesehen: OLG Hamm JMBl NRW 52, 16 v. 29.11.51 - 2 AR 10/51

302) NJW 66, 789 v. 17.12.65 - 6 Qs 407/65

Ehemann zur Zeit des Eintreffens der Ladung im Krankenhaus befunden habe, so dürfe es ihm nicht zum Verschulden angerechnet werden, wenn er, nachdem ihm die Ehefrau den Termin mitgeteilt habe, nicht selbst die Ladungsurkunde eingesehen habe.

Das OLG Neustadt [303] stellte ebenfalls auf das Eigenverschulden des Betroffenen als Kriterium für das Vorliegen eines Wiedereinsetzungsgrundes ab. Es beurteilte das vergebliche Warten des Angeklagten auf seinen Verteidiger, der versprochen hatte, er werde ihn zur Hauptverhandlung abholen, als einen unabwendbaren Zufall. Der Angeklagte habe sich darauf verlassen dürfen, er werde mit Hilfe seines Verteidigers zu Gericht gelangen. Er habe nicht damit zu rechnen brauchen, daß dieser unterwegs behindert werde.

Schließlich betrachtete das OLG Hamm [304] die Unmöglichkeit, einen Wiedereinsetzungsantrag innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist glaubhaft zu machen, als ein psychisches Hindernis, das die Wiedereinsetzung gegen die Versäumnis der Frist rechtfertige, sobald die erforderliche Glaubhaftmachung möglich geworden sei. Es sei dem Angeklagten nicht zuzumuten, einen mangels Glaubhaftmachung von vornherein aussichtslosen Wiedereinsetzungsantrag zu stellen. Wenn der Betroffene wegen der fehlenden Möglichkeit, seinen Antrag glaubhaft zu machen, eine Antragstellung unterlassen habe, so sei ihm nach Erlangung dieser Möglichkeit Wiedereinsetzung zu gewähren. Auch hier wird auf das Verschulden des Angeklagten abgestellt.

Angesichts der Spezialität der angeführten Einzelfälle ist ein konkreter Vergleich dieser Entscheidungen mit der Rechtsprechung vor 1945 mangels gleichgelagerter Fälle nicht möglich. Festzustellen ist jedoch, daß damals die Rechtsprechung persönliche Verhältnisse nur insoweit berücksichtigt hat, als sie auf einer Anlage des Betroffenen oder in Ausnahmefällen auf einem schwerwiegenden Irrtum beruhten. So wurde die Unbeholfenheit des Angeklagten [305] oder seine Fehlinformation [306], nicht dagegen ein Irrtum über den Geschäftsbetrieb der Behörden - wenn dies auch entschuldbar war - als unabwendbarer Zufall [307] angesehen.

Demgegenüber stellt die neuere Rechtsprechung auf das Nichtvorliegen eines Verschulden des Angeklagten ab. Hierin ist eine ausdehnende Auslegung des Begriffes des "unabwendbaren Zufalls" zu finden. Die Fassung von § 44 und die Formulierung "Naturereignisse und andere unabwendbare Zufälle" zeigt, daß

---

303) MDR 56, 312 v. 9.2.56 - Ws 11/56
304) NJW 58, 1104 v. 24.3.58 - 2 Ws 308/57
305) BayOLG St 9, 171
306) BayOLG St 5, 60
307) RG St 10, 74

das Gesetz von sehr strengen Voraussetzungen für die Gewährung der Wiedereinsetzung wegen unabwendbaren Zufalls ausgeht. So hatte es auch das RG 308) interpretiert, wenn es davon ausging, daß ein unabwendbarer Zufall nur vorliegt, wenn ein Vorkommnis unter den gegebenen, nach den Besonderheiten des Falles zu berücksichtigenden Umständen durch die äußerste, diesen Umständen angemessene und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt weder abzuwehren, noch in ihrer schädlichen Folge zu vermeiden war. Das Element des Verschuldens war in der Rechtsprechung vor 1945 nur ein die Wiedereinsetzung ausschließendes Moment, während heute, wie die oben angeführten Beispiele zeigen, häufig von der Rechtsprechung schon das Vorliegen eines Nichtverschuldens als unabwendbarer Zufall qualifiziert wird. Hierin liegt eine ausdehnende Auslegung der Wiedereinsetzungsbestimmungen mit dem Ziel, die Verwerfung von Rechtsbehelfen aus Fristgründen einzuschränken und materielle Gerechtigkeit ermöglichende Sachurteile herbeizuführen.

V. Anforderungen an prozessuale Erklärungen.

Die Einschränkung von Formalien durch die Rechtsprechung wird auf einem weiteren Sektor des Strafprozesses deutlich: bei den Anforderungen an prozessuale Erklärungen. Die Rechtsprechung ist immer mehr bereit, die Bindungswirkungen von prozessualen Erklärungen, die einer Überprüfung in einer weiteren Instanz entgegenstehen könnten, einzuschränken. So hat sie beispielsweise die Anforderungen an den Rechtsmittelverzicht stark erhöht. Sie ist bereit, Entscheidungen trotz Fehlens eines ordnungsgemäß eingelegten Rechtsmittels zu überprüfen, bzw. einen beschränkten Rechtsmittelangriff auf die gesamte Entscheidung auszudehnen.

A. Die Frage der Wirksamkeit von Rechtsmittelverzichtserklärungen ist in zunehmendem Maße von der Rechtsprechung erörtert worden. Der Rechtsmittelverzicht bedarf nach nunmehr einhelliger Auffassung derselben Form wie die Einlegung eines Rechtsmittels, also der Schriftform oder einer Erklärung zu Protokoll 309

---

308) RG St 70, 186

309) OLG Hamburg, HESt 3, 58 v. 13.9.49 - Ss 308/49
OLG Bremen, MDR 51, 696 v. 29.9.51 - Ws 76/51

1. Während die Rechtsprechung des RG weitgehend den Willen des Verzichtenden nicht beachtete, sondern nur den äußeren Erklärungswert der Verzichterklärung zugrundelegte, berücksichtigen die Gerichte seit 1945 in erheblichem Umfang den Willen des Erklärenden.

So wurden nicht vom Willen des Angeklagten getragene Rechtsmittelverzichtserklärungen als unwirksam angesehen. Die Rechtsprechung hat ebenso dem "Ja" eines Schwerhörigen auf die Frage des Vorsitzenden, ob er das Urteil annehmen wolle, die Wirkung als Rechtsmittelverzicht abgesprochen [310] wie dem Verzicht eines Stotterers [311]. In letzterem Fall wurde eine besonders sorgfältige Prüfung verlangt, ob eine zweifelsfreie, endgültige Erklärung vorliegt. Wegen der psychischen und physischen starken Hemmung sei nicht auszuschließen, daß der Angeklagte nur deshalb zu der Frage, ob er kein Rechtsmittel einlegen wolle, keine Stellung genommen habe, weil er nicht in der Lage gewesen sei, schnell eine Antwort zu geben.

Auch die im Anschluß an die Hauptverhandlung abgegebene Erklärung eines nur gebrochen deutsch sprechenden Ausländers [312], er nehme das Urteil an, wurde nicht als wirksamer Rechtsmittelverzicht erachtet.

Die bloße Verneinung der Frage, ob der Angeklagte Berufung einlegen wolle, hielt ein OLG ebenfalls nicht für einen Rechtsmittelverzicht [313]. Damit komme der Wille, auf ein Rechtsmittel ein für allemal verzichten zu wollen, nicht unzweideutig zum Ausdruck. Selbst die Erklärung des Angeklagten "ich nehme an" auf die Frage des Vorsitzenden im Anschluß an die Rechtsmittelbelehrung wurde für keine Formulierung gehalten, aus der sich mit aller Deutlichkeit der Wille des Angeklagten ergebe, auf ein Rechtsmittel verzichten zu wollen [314]. Der BGH [315] entschied in einem ähnlich gelagerten Fall, daß die Erklärung des Angeklagten, er nehme das Urteil an, dann nicht als wirksamer Rechtsmittelverzicht angesehen werden könne, wenn nicht einwandfrei feststehe, daß er seinen Willen habe kundgeben wollen, von der Anfechtung des Urteils abzusehen.

In der Bezahlung [316] der im Strafbefehl festgesetzten Geldstrafe vor Einlegung des Einspruchs sah die Rechtsprechung keinen Verzicht auf diesen Rechtsbehelf. Angesichts der Eindeutigkeit und Klarheit, die für eine Verzichtserklärung erforderlich seien, sei aus der Bezahlung der Geldstrafe, für die der Angeklagte ver-

---

310) OLG Koblenz, DRZ 49, 453 v. 21.7.49 - Ss 75/49
311) OLG Hamm, DRpfl 52, 492 v. 29.11.51 - Ss 519/51
312) Schlesw. Holst. OLG, DRpfl 66, 214 v. 16.11.65 - 2 Ws 269/65
313) OLG Nürnberg, NJW 49, 519 v. 1.12.48 - Ws 277/48
314) OLG Hamburg, HESt 3, 58 v. 13.9.49 - Ss 308/49
315) JR 52, 483 = JZ 52, 568 v. 13.6.52 - 4 StR 117/52
316) LG Hannover, MDR 50, 630 v. 8.8.50 - 25 Qs 98/50

schiedene Gründe gehabt haben könne, ein eindeutiger Verzichtswille nicht abzuleiten. Dagegen lehnt die Rechtsprechung die Beachtung der Motivationslage des Angeklagten bei der Frage der Wirksamkeit von Rechtsmittelverzichtserklärungen ab. So wurde die Tatsache, daß der Angeklagte den Rechtsmittelverzicht nur deshalb abgab, um einem zu erwartenden Haftbefehl wegen Verdunkelungsgefahr aus dem Wege zu gehen, nicht als ein die Gültigkeit der abgegebenen Verzichtserklärung beeinträchtigender Grund angesehen [317]. Das OLG Bremen [318] hielt die Motivationslage des Angeklagten, der sich nicht über die Folgen der Aberkennung der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter im klaren war, für unbeachtlich und einen in dieser Unkenntnis ausgesprochenen Rechtsmittelverzicht für wirksam [319].

Die zuletzt angeführten Entscheidungen zeigen deutlich die Grenzen, innerhalb deren die Rechtsprechung dem Angeklagten auf Kosten der Form entgegenzukommen bereit ist. Wohl berücksichtigen die Gerichte seinen Erklärungswillen in gewissem Umfang und schließen heute im Gegensatz zur früheren Rechtsprechung die Wirksamkeit von Rechtsmittelerklärungen wegen Erklärungsmängeln aus. Dagegen findet die Motivationslage, die für die Willensbildung maßgeblich war, keine Berücksichtigung. Es bestehen allerdings Bedenken, ob in einigen der angeführten Entscheidungen [320] Erklärungsirrtümer vorlagen oder ob nur aus allgemeinen Billigkeitserwägungen diese Möglichkeit herangezogen wurde - konkrete Anlässe, die auf einen Erklärungsirrtum schließen ließen, sind aus beiden Urteilen nicht ersichtlich - um den Verzicht als unwirksam ansehen zu können.

Die Rechtsprechung berücksichtigt, soweit echte Willensmängel vorgelegen haben, diese zu Recht. Problematisch kann dies nur dann sein, wenn die Willensmängel nicht offenkundig sind und insoweit die Rechtssicherheit beeinträchtigt werden kann. Bei offenkundigen prozessualen Erklärungsmängeln besteht keine Gefahr für Rechtssicherheit und Prozeßklarheit. Bei verborgenen Mängeln muß eine Abwägung zwischen der Gerechtigkeit einerseits und Rechtssicherheit und Prozeßklarheit andererseits stattfinden [321]. Diese wird jedenfalls dann zugunsten der materiellen Gerechtigkeit vorgenommen werden müssen, wenn der Irrtum durch das Gericht verursacht oder nicht verhindert wurde.

---

317) BGH St 17, 14 v. 6.12.61 - 2 StR 485/60, OLG Hamburg, GA 64, 344 v. 24.3.64 - 1 Ws 105/64

318) NJW 61, 2271 v. 12.9.61 - Ws 171/61

319) wegen der Stellungnahme der Literatur zu diesem Problem vgl. Müller, S. 39 ff.

320) OLG Nürnberg, s. Anm. 313, OLG Hamburg, s. Anm. 314

321) so auch Müller, a.a.O., S. 94

Als Tendenz dieser Rechtsprechung ist festzustellen, daß die Gerichte in weit größerem Umfang als vor 1945 bereit sind, prozessuale Erklärungsmängel zu berücksichtigen [322].

2. Auch aus anderen Gründen lehnte die Rechtsprechung die Verbindlichkeit von Verzichtserklärungen auf Rechtsmittel ab. So forderten verschiedene Gerichte vor Abgabe einer Verzichtserklärung durch den Angeklagten seine Beratung mit dem in der Verhandlung anwesenden Verteidiger oder dessen Zustimmung.

Der BGH [323] hat in einem Fall, in dem der Angeklagte auf ein Rechtsmittel verzichtete, ohne zuvor mit seinem Verteidiger gesprochen zu haben, und dieser sofort im Anschluß an die Verzichtserklärungen seines Mandanten erklärte, er wolle vor einer endgültigen Erklärung die Angelegenheit erst noch mit dem Angeklagten durchsprechen, dem Rechtsmittelverzicht die Wirksamkeit abgesprochen. Einem Angeklagten, der mit einem Verteidiger zur Hauptverhandlung erschienen sei, müsse regelmäßig vor Abgabe eines Rechtsmittelverzichts die Gelegenheit gegeben werden, sich mit diesem zu beraten. Solange der Angeklagte oder sein Verteidiger zu erkennen gegeben hätten, daß sie diese Frage noch miteinander erörtern wollten, liege kein verbindlicher Rechtsmittelverzicht vor [324].

In einem Fall, in dem ein Angeklagter, der zu lebenslanger Zuchthausstrafe verurteilt worden war, ohne seinen Verteidiger zu befragen, sofort erklärte, er nehme das Urteil an, hielt der BGH [325] diese Erklärung ebenfalls für unwirksam, obwohl der Verteidiger keine Erklärung abgab; dies im Hinblick darauf, daß ein Rechtsmittelverzicht in dieser Situation dem Angeklagten nur Nachteile, aber keine Vorteile bringen konnte, sowie angesichts der starken seelischen Belastung durch Hauptverhandlung und Urteilsverkündung. Dem Angeklagten habe keine Erklärung über ein Rechtsmittel abverlangt werden dürfen, ohne daß er sich vorher mit seinem Verteidiger beraten habe. Der Verteidiger, der dem Angeklagten wegen der Schwere des Tatvorwurfs von Gesetzes wegen als Pflichtverteidiger zugebilligt werde, dürfe auch beim Rechtsmittelverzicht bei einer derartigen Strafe nicht ausgeschaltet werden.

---

322) Die Kommentar-Literatur beschränkt sich weitgehend auf die Darstellung der Rechtsprechung.

323) BGH St 18, 257 = NJW 63, 963 = JZ 64, 263 v. 12.2.63 - 1 StR 561/62

324) Stratenwerth, JZ 64, 264 meldet gegen diese Entscheidung aus systematischen Gründen Bedenken an und fordert, die Aufnahme von Rechtsmittelverzichtserklärungen im Anschluß an Hauptverhandlung zu unterbinden.

325) BGH St 19, 101 = NJW 63, 2236 v. 17.9.63 - 1 StR 301/63

Die Ausschaltung des Pflichtverteidigers [326] durch Unterbleiben der Konsultation des anwesenden Verteidigers durch den Angeklagten hielt die Rechtsprechung auch in anderen Fällen für einen die Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts ausschließenden Grund.

Auch das Nichterscheinen des Verteidigers wegen eines Verschuldens des Gerichts - Nichtverständigung vom Verhandlungstermin - mit der damit verbundenen Unmöglichkeit für den Angeklagten, in der Verhandlung sich mit dem Verteidiger zu beraten, wurde als Grund für die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts angesehen [327].

Die Rechtsmittelverzichtserklärung eines nicht durch einen Verteidiger vertretenen Angeklagten wurde sogar für unwirksam gehalten, weil die Belehrung des Gerichts, daß der Angeklagte sich eines Pflichtverteidigers bedienen könne, nicht hinreichend klar war [328]. Um die Verzichtserklärung als unwirksam ansehen zu können, zog das Gericht die Möglichkeit heran, daß der Angeklagte bei einer deutlicheren Belehrung sich einen Pflichtverteidiger habe bestellen lassen mit dem er sich vor Abgabe seiner Erklärung hätte beraten können.

Im umgekehrten Fall, bei Abgabe einer Verzichtserklärung durch den Verteidiger, ohne zuvor mit dem in der Verhandlung anwesenden Angeklagten gesprochen zu haben, hielt die Rechtsprechung [329] diese Erklärung ebenfalls für unwirksam. Der Verteidiger müsse zuvor die Frage mit dem anwesenden Angeklagten beraten. Eines ausdrücklichen Widerspruchs des Angeklagten gegen die Verzichtserklärung seines Verteidigers bedürfe es nicht, um die Erklärung unwirksam zu machen.

Darüberhinaus sieht die Rechtsprechung das jugendliche Alter des Angeklagten als eine die Wirksamkeit einer Rechtsmittelverzichtserklärung beeinträchtigende Tatsache an. Das OLG Hamburg [330] führt aus, daß bei einem 22-jährigen Angeklagten, der zu einer Strafe von 2 Jahren und 6 Monaten Gefängnis verurteilt worden sei, Bedenken bestünden, diesem eine Rechtsmittelverzichtserklärung abzuverlangen, ohne ihm zu raten, sich in Ruhe zu überlegen, ob er ein Rechtsmittel einlegen wolle. Auch andere Gerichte [331] meldeten Bedenken gegen die Wirksamkeit von Rechtsmittelverzichtserklärungen von Jugendlichen wegen ihres Alters an.

---

326) OLG Frankfurt, NJW 66, 1376 v. 19.1.66 - 3 Ws 25/66
NJW 67, 689 v. 24.11.66 - 3 Ws 558/66

327) OLG Schleswig, NJW 65, 312 v. 5.10.64 - 2 Ws 186/64

328) OLG Hamburg, NJW 64, 1039 = MDR 64, 614 v. 16.1.64 - 1 Ws 16/64

329) OLG Hamburg, NJW 65, 1821 v. 12.5.65 - 2 Ws 105/65

330) s. Anm. 328

331) OLG Schleswig, s. Anm. 327, OLG Frankfurt, s. Anm. 326

In der Literatur wird die Tendenz der Rechtsprechung, an die Rechtsmittelverzichtserklärung hohe Anforderungen zu stellen, weitgehend gebilligt [332]. Im Gegensatz zu der Zeit vor 1945, wo eine derartige Rechtsprechung nicht ersichtlich ist, schränken die Gerichte in den letzten Jahren die Wirksamkeit von Rechtsmittelverzichtserklärungen dadurch ein, daß sie hohe Anforderungen an deren Gültigkeit stellen. So fordern sie zwischen Verteidiger und Angeklagten eine gegenseitige Absprache und stellen beim Rechtsmittelverzicht durch Jugendliche erhöhte Anforderungen. Dadurch soll insbesondere eine Übereilung in der Abgabe von Verzichtserklärungen vermieden werden. Man wird im Einzelfall immer die Frage zu stellen haben, ob in der sofortigen Frage des Vorsitzenden nach der Annahme des Urteils eine unzulässige Einwirkung auf den Angeklagten gesehen werden kann [333]. Das ist sicherlich der Fall, wenn eine Absprache zwischen Angeklagten und Verteidiger über die Einlegung eines Rechtsmittels verhindert wird. Das ist aber auch dann gegeben, wenn ein jugendlicher Angeklagter durch die Frage des Vorsitzenden überrumpelt wird, wenn der Angeklagte wegen lebenslanger Zuchthausstrafe nichts mehr zu verlieren hat oder wenn dem Angeklagten durch unklare Belehrung des Gerichts nicht bewußt geworden war, daß er sich einen Pflichtverteidiger bestellen lassen kann, der ihn in dieser Frage berät.
So gesehen hält sich die unverkennbare Tendenz der Rechtsprechung, Rechtsmittelverzichtserklärungen einzuschränken, im Rahmen einer zulässigen Auslegung der Rechtsmittelbestimmungen in Verbindung mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über den Verzicht.

B. Ähnlich wie beim Verzicht sind auch bei der Zurücknahme von Rechtsbehelfen Tendenzen in der Rechtsprechung erkennbar, durch Einschränkung der Rücknahme von Rechtsmitteln die Überprüfbarkeit zu erweitern. Das RG [334] lehnte die Anfechtung der Rücknahmeerklärung, aus welchen Gründen auch immer, im Interesse der Rechtssicherheit ab und stellte auf den formalen Inhalt der Erklärungen ab.
Demgegenüber interpretierte die Rechtsprechung nach 1945 Rücknahmeerklärungen häufig als unwirksam. So legte sie die Erklärung eines Angeklagten, sein Wiedereinsetzungsgesuch als gegenstandslos zu betrachten, wegen angeblich fehlenden Rücknahmewillens als unwirksam aus [335]. Der Angeklagte hatte

---

332) vgl. Koch, JR 64, 255, R. Schmidt, JuS 67, 158
333) so auch Müller, a. a. O., S. 91
334) RG St 57, 83
335) BayOLG St 51, 556 = JR 52, 207 v. 9.11.51 - RevReg 2 St 19/51

in dem betreffenden Fall mit der Revisionsbegründung gleichzeitig um Wiedereinsetzung in die Revisionsbegründungsfrist gebeten, worauf ihn das Gericht unrichtig dahingehend belehrte, daß das Wiedereinsetzungsgesuch überflüssig sei, da die Frist nicht zu laufen begonnen habe. Daraufhin hatte der Angeklagte erklärt, sein Wiedereinsetzungsgesuch solle als gegenstandslos angesehen werden. Diese Rücknahme legte das Gericht dahingehend aus, daß der Angeklagte nicht eine Rücknahmeerklärung habe abgeben wollen, sondern "rechtserklärend die vermeintlich von Anfang an vorhandene Gegenstandslosigkeit des Rechtsbehelfes klarstellen und das Gericht von einer Verbescheidung des Rechtsbehelfes nur deshalb entbinden" wollte, "weil das mit dem Rechtsbehelf erstrebte Ziel ohnehin erreicht sei".

In anderen Fällen erklärte die Rechtsprechung bei fehlerhafter Belehrung durch das Gericht die Rücknahmeerklärung des Angeklagten unter Anwendung von § 136 a für unwirksam. So in einem Fall, in dem der Vorsitzende den Angeklagten versehentlich in den Glauben versetzt hatte, sein Rechtsmittel sei unzulässig [336]. Unter entsprechender Anwendung des in § 136 a zum Ausdruck gekommenen Verbotes der Beeinträchtigung der Willensentschließung und der Unwirksamkeit der auf diese Weise zustandegekommenen Erklärung sprach das Gericht der Rechtsmittelrücknahme die rechtliche Wirkung ab.

In einem anderen Fall hatte ein Verteidiger die ordnungsgemäß eingelegte Berufung zurückgenommen, nachdem er unzutreffend darauf hingewiesen worden war, der Angeklagte habe auf Rechtsmittel verzichtet [337]. Auch diese Rücknahme wurde mit Hinweis auf § 136 a als unwirksam angesehen.

Auch der fehlerhafte Hinweis auf die Möglichkeit der Einlegung der Sprungrevision und die deshalb erfolgte Zurücknahme der Berufung wurde als eine die Wirksamkeit der Rücknahme nach § 136 a beeinträchtigende Tatsache angesehen [338], obgleich die Rücknahme durch einen Rechtsanwalt erfolgte. § 136 a setze keine arglistige Täuschung voraus, sondern verlange nur, daß der Beschuldigte objektiv das Opfer einer Täuschung geworden und dadurch in der Freiheit seiner Willensentschließung beeinträchtigt worden sei.

---

336) OLG Bremen, JZ 55, 680 v. 10.9.54 - Ws 215/54. E. Schmidt billigt in einer Anmerkung zu dieser Entscheidung den vom OLG Bremen eingeschlagenen Weg.

337) OLG Düsseldorf, NJW 60, 210 = JMBl NRW 59, 270 v. 10.9.59 - 2 Ws 328/59. Gegen diese Entscheidung wird von Feldmann, NJW 60, 210 vorgebracht, daß § 136 a eine Vorschrift sei, die sich auf das Beweisrecht beschränke und die außerdem eine Täuschung als unmittelbare psychische Einwirkung voraussetze, dagegen wendet sich Mölders, NJW 60, 211

338) OLG Hamm, JMBl NRW 56, 250 v. 25.5.56 - 3 Ss 352/56
NJW 60, 1967 v. 7.3.60 - 3 Ws 728/59

Die angeführte Rechtsprechung sprengt den Rahmen von § 136 a. Weder eine direkte noch eine analoge Anwendung dieser Vorschrift ist möglich. Aus der Fassung und Stellung von § 136 a ergibt sich eindeutig, daß diese Vorschrift nur für die Vernehmung des Beschuldigten zu dem gegen ihn erhobenen Vorwurf gedacht ist. Auch Sinn und Zweck der Vorschrift können kein anderes Ergebnis begründen. Diese sind eindeutig auf die Beweiserlangung und den Schutz vor unlauteren Vernehmungsmethoden gerichtet [339]. Eine auch nur analoge Anwendung dieser Vorschrift verbietet sich daher [340]. Allenfalls ist eine Heranziehung des § 136 a zur Feststellung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes möglich [341].

Dementsprechend hat der BGH [342] eine direkte oder analoge Anwendung von § 136 a abgelehnt. Bei dieser Vorschrift handele es sich, führt der BGH aus, um eine Bestimmung aus dem Beweisrecht; eine analoge Anwendung für andere Rechtsgebiete sei nicht möglich. Doch weicht der BGH gegenüber der reichsgerichtlichen Rechtsprechung in einem wesentlichen Punkt ab. Während das RG grundsätzlich jede Anfechtung von Rücknahmeerklärungen ausschloß, hält der BGH Situationen für möglich, in denen Ausnahmen von dem Grundsatz der Unbeachtlichkeit von Willensmängeln zu machen seien. Für eine derartige Abgrenzung hält der BGH allerdings § 136 a für untauglich.

Zusammenfassend ist zu der aufgeführten Rechtsprechung zu sagen: Während die Rechtsprechung vor 1945 Willensmängel bei prozessualen Erklärungen auch bei Rechtsmittelerklärungen generell nicht berücksichtigte, nahmen nach 1945 die Gerichte dazu eine veränderte Stellung ein. Einige Oberlandesgerichte versuchten, im Interesse der Ermöglichung materieller Gerechtigkeit im Wege direkter oder analoger Anwendung von § 136 a die Wirksamkeit von Rechtsmittelrücknahmeerklärungen zu beseitigen. Andererseits hielten sie den Grundsatz der Unanfechtbarkeit von prozessualen Erklärungen aufrecht. Die dort entschiedenen Fälle zeigen, daß im Interesse der Gerechtigkeit das Bedürfnis bestand "zu helfen". Die Gerichte wollten an den infolge des Vertrauens in die fehlerhafte gerichtliche Belehrung abgegebenen Rücknahmeerklärungen vorbeikommen. Dies kann aber nicht - wie der BGH eindeutig herausgestellt hat - über eine direkte oder analoge Anwendung von § 136 a geschehen. Insoweit haben die Gerichte

---

339) vgl. KMR (Müller), § 136 a, Anm. 8, Löwe-Rosenberg-Dünnebier, § 136 a, Anm. 9

340) vgl. auch Schwarz-Kleinknecht, Einleitung 4 F b, dagegen Dalcke-Fuhrmann, § 136 a, Anm. 1 a

341) vgl. KMR (Müller), § 136 a Anm. 8

342) BGH St 17, 14 = NJW 62, 598 v. 6.12.61 - 2 StR 485/60 kritisch dazu E. Schmidt, JR 62, 290 auf Vorlage von OLG Düsseldorf, NJW 61, 96 v. 18.8.60 - Ss 513/60

den Rahmen zulässiger Auslegung überschritten. Im Interesse der materiellen Gerechtigkeit sollte daher ein Überdenken der Auffassung von der Unanfechtbarkeit prozessualer Erklärungen auf dem Gebiet des Strafprozesses, zumindest soweit es die Rücknahme von Verzichtserklärungen betrifft, erfolgen [343]. Doch ist nicht zu verkennen, daß auch der BGH im Gegensatz zum RG die Durchbrechung des Grundsatzes von der Unanfechtbarkeit von prozessualen Rücknahmeerklärungen für möglich hält. Im ganzen ist gegenüber der Rechtsprechung vor 1945 eine Tendenz im Interesse der Gerechtigkeit durch Ermöglichung von Sachentscheidungen festzustellen.

343) so auch Oehler, JZ 63, 227; vgl. auch Müller, a.a.O., S. 89

TEIL 3:

ERGEBNIS DER UNTERSUCHUNG

Gegenstand der Untersuchung war es, für das Gebiet des Strafprozesses festzustellen, ob und inwieweit die häufig aufgestellte Behauptung zutrifft, in der Rechtsprechung zeige sich eine Tendenz zur Auflockerung von Formalbestimmungen. Diese Frage läßt sich nur differenziert beantworten.

Die Rechtsprechung nimmt heute in einem Großteil der untersuchten Einzelprobleme eine andere Haltung ein als in früherer Zeit. Diese Wandlung in der Rechtsprechung kommt in einer veränderten Auslegung prozessualer Vorschriften, teilweise aber auch in Fiktionen der Einhaltung von Formalbestimmungen zum Ausdruck.

Aber nicht in allen Einzelbereichen ist eine Auflockerung von Formalien festzustellen; in einzelnen Teilgebieten ist eine gleichbleibende Rechtsprechung, in anderen sogar eine gegenläufige Tendenz erkennbar, und nach zeitweise starker Auflockerung von Formalien werden dort in letzter Zeit formale Gesichtspunkte stärker betont. Teilweise ist die Rechtsprechung in Einzelbereichen auch uneinheitlich, so daß von einer Tendenz insoweit nicht gesprochen werden kann. Eine Handhabung von Formalbestimmungen zugunsten der Ermöglichung einer Sachprüfung und damit der Verwirklichung materieller Gerechtigkeit findet unter anderem auch dadurch statt, daß Anforderungen an gerichtliche Handlungen - wie z.B. Zustellungen - erhöht werden und dadurch die vom Angeklagten vorzunehmenden Handlungen, wie z.B. die auf die Einhaltung einer Frist gerichteten erleichtert werden, da mangels einer wirksamen Zustellung Fristen nicht zu laufen beginnen.

In neuerer Zeit ist bei einer Vielzahl von Formproblemen eine veränderte Sicht eingetreten. Dabei ist zu unterscheiden, ob die Rechtsprechung generell einen Wandel der Auffassungen zu dem jeweiligen Einzelproblem vollzogen hat oder ob nur Einzelentscheidungen zeigen, daß Gerichte im Interesse der materiellen Gerechtigkeit sich gegen eine herrschende Auffassung in der Rechtsprechung gestellt haben und den Formalien ein geringeres Gewicht beigemessen haben.

Eine Änderung der herrschenden Auffassung in der Rechtsprechung ist in folgenden Teilgebieten eingetreten und dadurch eine veränderte Einstellung zu Formalien zum Tragen gekommen. Die Frist zur Begründung eines verspätet eingelegten Rechtsmittels wird seit Mitte der fünfziger Jahre erst mit der Zustellung des Wiedereinsetzungsbeschlusses beginnend angesehen. Dadurch werden viele Rechtsmittel, die früher wegen Versäumnisses der Begründungsfrist zurückgewiesen wurden, heute als zulässig angesehen und das Rechtsmittelverfahren kann durchgeführt werden. Was die Rechtzeitigkeit des Einganges bei einer gemeinsamen Briefannahmestelle angeht, so vertritt die herrschende Rechtspre-

chung ebenfalls etwa seit Mitte der fünfziger Jahre im Gegensatz zu vorher die Auffassung, daß auch bei unzutreffender Adressierung des Schriftstückes dieses mit Eingang bei der Briefannahmestelle rechtzeitig eingegangen ist. Die Frist wird auf diese Weise gewahrt, das Verfahren kann seinen Fortgang nehmen. Im Gegensatz zu der Rechtsprechung des RG geht nach mehreren gegensätzlichen Entscheidungen die herrschende Rechtsprechung seit 1960 davon aus, daß auch die mündliche Durchsage eines Telegrammes die Rechtsmittelfrist wahrt. Der Eingang des Schriftstückes ist zur Fristwahrung nicht mehr entscheidend. Seit Anfang der fünfziger Jahre wird bei gleichermaßen zulässiger Berufung und Sprungrevision die Einlegung eines unbestimmten Rechtsmittels bis zur Zustellung der Urteilsgründe für zulässig gehalten. Dadurch wird die Revisionsbegründungsfrist hinausgeschoben und die Fristwahrung erleichtert. Seit 1963 wird im Gegensatz zu der früher herrschenden Meinung auch vom BGH die Geltung des Grundsatzes "in dubio pro reo" für das Verfahrensrecht anerkannt und auf diese Weise Zweifel an der Ordnungsgemäßheit des Rechtsmittels zugunsten des Angeklagten und der Überprüfbarkeit von Entscheidungen gelöst.

Zu Beginn der sechziger Jahre hat die Rechtsprechung die telefonische Einlegung eines Rechtsmittels zu Protokoll der Geschäftsstelle für wirksam gehalten. Zuvor hatte sie diese Auffassung abgelehnt. Auf diese Weise wird die Verwerfung von Rechtsbehelfen wegen Nichtwahrung der Form eingeschränkt.

Seit etwa 1960 wird von der herrschenden Rechtsprechung der Übergang von der Berufung zur Sprungrevision zugelassen, nachdem seit Beginn der fünfziger Jahre der Übergang von der Sprungrevision für zulässig gehalten worden war. Beides wurde von der Rechtsprechung vorher abgelehnt. Dadurch wird dem Angeklagten ermöglicht, von einem aussichtsloseren Rechtsmittel zu einem aussichtsreicheren überzugehen. Auch die Umdeutung, die Interpretation von Erklärungen als stillschweigende Anträge und die Gewährung von Rechtsbehelfen von Amts wegen wird seit 1945 wesentlich großzügiger gehandhabt als vorher.

Im Gegensatz zu der Rechtsprechung vor 1945 und in den ersten Jahren danach wird in der Rechtsprechung seit Mitte der fünfziger Jahre bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand diese auch bei formfehlerhaftem Verhalten innerhalb der Frist gewährt. Dadurch wird eine erhebliche Ausdehnung der Wiedereinsetzungsbestimmungen ermöglicht und die Verwerfung von Rechtsbehelfen eingeschränkt.

Die Rechtsprechung berücksichtigt bei Rechtsmittelverzichtserklärungen heute Erklärungsmängel im Gegensatz zu der Zeit vor 1945. Gleichzeitig setzt sie wesentlich höhere Anforderungen an die Gültigkeit von Verzichtserklärungen und erreicht dadurch, daß das Rechtsmittelverfahren fortgesetzt wird. So wird im Gegensatz zu der Rechtsprechung vor 1945 eine Beratung zwischen dem Angeklagten und dem Verteidiger vor Abgabe von Rechtsmittelerklärungen gefordert.

Auch die Rechtsmittelrücknahme ist von der Rechtsprechung seit 1945 eingeschränkt worden. Der Anwalt hat nach neuerer Rechtsprechung bei seinem Mandanten vor der Rücknahme eines Rechtsmittels dessen Einverständnis einzuholen, auch wenn ihm zuvor generelle Vollmacht dafür erteilt wurde. In anderen Bereichen hat sich zwar eine Auflockerung in der Rechtsprechung noch nicht durchgesetzt, aber aus einzelnen, teilweise gleichlautenden Entscheidungen wird eine Tendenz zur Auflockerung formeller Bestimmungen erkennbar.

In verschiedenen Bereichen haben sich einzelne Gerichte im Interesse der Ermöglichung von Sachentscheidungen und damit der Verwirklichung materieller Gerechtigkeit gegen eine herrschende Meinung gestellt. So haben verschiedene Gerichte sich trotz entgegenstehender Auffassung des BGH und der herrschenden Meinung in der Rechtsprechung dafür ausgesprochen, daß eine Ersatzzustellung von Strafbefehl und Strafverfügung eine Frist nicht in Lauf setze. Auch die Ergänzung von zulässigen Revisionsrügen nach Fristablauf im Wege der Wiedereinsetzung wurde zu einer Zeit, als die überwiegende Anzahl der Gerichte, einschließlich des BGH, sich gegen eine Zulassung der Wiedereinsetzung in diesen Fällen ausgesprochen hatte, von verschiedenen Oberlandesgerichten für zulässig erachtet. Aus diesem Beispiel ergibt sich, daß sich gegen herrschende Meinungen in der Rechtsprechung teilweise starke Strömungen bilden, die versuchen, aus Gründen der Verwirklichung materieller Gerechtigkeit die herrschende Auffassung der Rechtsprechung zu ändern.

Auch in Sonderfällen hat die Rechtsprechung materielle Gerechtigkeit zu verwirklichen gesucht, indem sie formelle Gesichtspunkte vernachlässigt hat, so bei der Entscheidung des OLG Saarbrücken [344], die dem Gericht die Pflicht auferlegt hat, von Amts wegen zu prüfen, ob der anwesende Ehemann die ausgebliebene Angeklagte vertreten kann, obwohl keinerlei Anhaltspunkte für eine Bevollmächtigung ersichtlich waren.

Auf einigen Gebieten ist, nachdem einige Zeit Formalurteile einschränkende Entscheidungen ergangen waren, eine Reaktion eingetreten. So war in den Nachkriegsjahren bis 1958 bei § 232 IV die Ersatzzustellung nach §§ 181, 183 ZPO von einem Teil der Rechtsprechung nicht als eine Zustellung "durch Übergabe" angesehen worden, was zur Folge hatte, daß mangels ordnungsgemäßer Zustellung Fristen nicht versäumt werden konnten. Auch der Anwendung von § 232 IV auf § 233 mit derselben Konsequenz wurde durch eine Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1958 ein Ende bereitet. Die Ersatzzustellung von Strafbefehl und Strafverfügung, die bis 1959 von einem Teil der Rechtsprechung für unzulässig gehalten worden war, wurde ab diesem Zeitpunkt infolge einer Entscheidung des BGH für wirksam erachtet mit der Folge, daß Fristversäumnisse in erhöhtem Umfang

344) JBl Saar 62, 108 v. 14.12.61 - Ss 52/61

stattfanden. Dadurch wurde eine materielle Überprüfung der Entscheidungen ausgeschlossen.

Was die Berücksichtigung von Verfahrenshindernissen bei Fehlen einer ordnungsgemäßen Revisionsbegründung angeht, so ist die Rechtsprechung zeitweise rechtsmittelfeindlicher geworden und hat vorherige Entscheidungen, die ohne wirksame Revisionsbegründung Verfahrensfehler berücksichtigten, als Billigkeitsentscheidungen abgetan.

In einigen Einzelbereichen wird eine grundsätzliche Umorientierung der Rechtsprechung in der Beurteilung und Bewertung von Formalien erkennbar, so zum Beispiel, wenn in der früheren Rechtsprechung von der uneingeschränkten Geltung von Formalien ausgegangen wurde und heute der BGH in diesem Bereich eine echte Abwägung zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit vornimmt. Hier zeigt sich, daß die Rechtsprechung die Formalien nicht als unwandelbare, unverrückbare Werte hinnimmt, sondern sie an ihrer Funktion mißt und auch teilweise die vom historischen Gesetzgeber vorgenommene Abwägung zwischen den beiden Grundelementen nachvollzieht, bzw. neu vornimmt. Dies wird auch insbesondere in solchen Gebieten deutlich, wo eine Anpassung an die moderne Technik durch die Rechtsprechung vorgenommen wird, wie beispielsweise bei dem Durchsprechen eines Telegrammes.

Auffallend ist in diesem Zusammenhang, daß sowohl die Auflockerungstendenzen, soweit sie die Anforderungen an Handlungen des Beschuldigten herabsetzen als auch die Formenschärfungen, die erhöhte Anforderungen an das Verhalten der Staatsanwaltschaft und der Gerichte stellen, ein gemeinsames Ziel haben: Formalentscheidungen einzuschränken und Sachentscheidungen zu ermöglichen. In den meisten Fällen bleibt die veränderte Rechtsprechung im Rahmen einer zulässigen Auslegung, wenn sich auch die Auslegungsmethode gegenüber der früheren Rechtsprechung geändert hat und von der Methode der Auslegung her schon eine Einschränkung von formellen, der materiellen Gerechtigkeit möglicherweise entgegenstehenden Entscheidungen stattfindet. Heute genießt die teleologische, objektive Auslegungsmethode in der Rechtsprechung eindeutig den Vorrang [345].

Es ist aber auch nicht zu übersehen, daß in einigen Teilbereichen die Grenzen einer zweckgerichteten Interpretation von Normen überschritten werden und im Interesse der materiellen Gerechtigkeit die Rechtsprechung Wege außerhalb des geschriebenen Rechts ging, so zum Beispiel, wenn die Rechtsprechung ein unbestimmtes Rechtsmittel oder den Übergang von dem bereits bindend eingelegten Rechtsbehelf zu einem anderen zuläßt oder Fristen mißachtet.

Der Wandel der Rechtsprechung trat in den meisten der untersuchten Teilgebieten nach 1945 ein. Zwar ist auch schon in der Zeit vor 1945 Rechtsprechung ergan-

---

345) vgl. auch Zwingmann, a.a.O., S. 111 und die dort zitierten Nachweise

gen, die die Anforderungen an Formalien herabsetzte, Änderungen in größerem Umfang setzten aber erst in der Zeit nach 1945 ein. Das geschah teilweise gleich in den ersten Jahren nach diesem Zeitpunkt, teilweise trat die Entwicklung erst später ein und ist auf manchen Teilgebieten zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen.

Die bereits aufgezeigte Entwicklung in einzelnen Bereichen in Richtung auf eine Reaktion gegen eine allzu große Formenauflockerung begann insbesondere gegen Ende der fünfziger Jahre. Es war in erster Linie der BGH, der einer die Formalien auflockernden Rechtsprechung der Land- und Oberlandesgerichte damals entgegentrat und das Element der Rechtssicherheit verstärkt herausstrich.

Die Auflockerung von Formalien hat allgemein das Ziel, materielle Gerechtigkeit zu ermöglichen, wobei die Belange des Angeklagten stärkere Berücksichtigung finden als die des durch die Staatsanwaltschaft vertretenen öffentlichen Interesses. Die Tendenz, dem Angeklagten helfen zu wollen, wird besonders deutlich, wenn Zweifel bestehen, ob prozessuale Formalien gewahrt sind. So entscheidet die Rechtsprechung Unklarheiten bei Rechtsmitteln des Angeklagten im Gegensatz zu früher nunmehr zugunsten der Wirksamkeit des Rechtsmittels. Indessen nimmt sie bei einem von der Staatsanwaltschaft zuungunsten des Angeklagten eingelegten Rechtsmittel die entgegengesetzte Stellung ein.

Wenn auch in einzelnen Teilgebieten unterschiedliche Entwicklungen vorhanden sind, so ist bei Betrachtung des gesamten Bereiches der Formalien generell eine Entwicklung zur Auflockerung der Rechtsprechung gegenüber formellen Voraussetzungen erkennbar, eine Auflockerung, die weitgehend auf einer veränderten Auslegung beruht, die aber auch in einigen Fällen die Grenzen der Auslegung sprengt und sich aufgrund von Fiktionen über formale Bestimmungen hinwegsetzt. Besonders in Fällen letzterer Art zeigt sich das Bestreben der Rechtsprechung nach der Gerechtigkeit im Einzelfall unter Übergehen von generellen Formalbestimmungen.

Diese Neigung der Gerichte wird insbesondere im Vergleich zur reichsgerichtlichen Rechtsprechung erkennbar. Während dort eine Wandlung der Rechtsprechung auch zu formalen Bestimmungen oft einer Entwicklung von Jahrzehnten bedurfte und eine Durchbrechung der ständigen Rechtsprechung zur Verwirklichung materieller Gerechtigkeit relativ selten war, ist in der Nachkriegszeit die Rechtsprechung häufiger Wandlungen unterzogen gewesen und setzte sich auch öfter unter Billigkeitsgesichtspunkten über die sonst generell vertretene Auffassung hinweg.

Hier zeigt sich eine Gefahr, die der materiellen Gerechtigkeit, der diese Rechtsprechung im Einzelfall dienen soll, Abbruch tun kann: die Beeinträchtigung der Rechtssicherheit. Ebenso wie der Formalismus durch sinnwidrige Anwendung einer Norm der Gerechtigkeit schaden kann, ist es möglich, daß eine zu starke

Auflockerung die Rechtssicherheit und damit letzten Endes auch die Gerechtigkeit beeinträchtigt.
Da Rechtssicherheit und Gerechtigkeit einander bedingen [346], kann möglicherweise die Auflockerung der Formalien zu einer Gefahr für die Gerechtigkeit werden [347]. Besteht tatsächlich in dieser Richtung durch die aufgezeigte Tendenz der Rechtsprechung eine Gefahr für den Strafprozeß?
Die im Laufe der Untersuchung festgestellte Auflockerungstendenz gegenüber Formalien wirkt sich dahingehend aus, daß der Erlaß von formalen Verwerfungsurteilen eingeschränkt wird und stattdessen Sachentscheidungen ergehen. Dies geschieht u. a. durch Nichtauslösen von Fristen im Wege der Auslegung, durch Nichtbeachtung der Verletzung von gesetzlich vorgesehenen und vom Beschuldigten oder seinem Vertreter einzuhaltenden Formen, durch Auslegung von Erklärungen und durch Erweiterung der Wiedereinsetzungsbestimmungen. Durch die Handhabung von Formalbestimmungen in dieser Art und Weise wird der Erlaß von Verwerfungsentscheidungen verhindert. Dadurch wird der vom Gesetz vorgesehene formale Abschluß des Verfahrens ausgehöhlt. Statt einer formalen Entscheidung wird eine materielle ermöglicht.
Grundsätzlich ist eine erneute materielle Entscheidung besser in der Lage, Gerechtigkeit zu verwirklichen als eine nur formale Entscheidung, die auf den eigentlichen zur Entscheidung stehenden Sachverhalt - die materiell-rechtliche Frage - nicht eingeht. Andererseits gehört aber auch die formale Ordnung und ihre Einhaltung zur Rechtsordnung und ein Vernachlässigen der mit gutem Grund geschaffenen Formvorschriften durch einen Prozeßbeteiligten muß zu dessen Nachteil führen können, wenn diese aus Gründen der Beschleunigung und Rechtssicherheit geschaffenen Bestimmungen eine Sanktion haben sollen. Ohne Sanktion wird der Zwang zu ihrer Einhaltung hinfällig werden.
Hinzu kommt möglicherweise der Gedanke, daß derjenigen Partei, deren Gegner Formvorschriften verletzt, vom Gesetz her eine günstige Position zufällt, die ihr bei Vernachlässigung der Formvorschriften genommen wird. Hier wird der Unterschied zwischen der Situation im Strafprozeß und Zivilprozeß deutlich. In letzterem stehen zwei gleichberechtigte vom Gesetz her mit gleichen prozessualen Mitteln ausgestattete Parteien gegenüber, die um die Verwirklichung ihres Rechts mit materiellen und formellen Bestimmungen kämpfen. Der Verzicht des Gerichts auf Einhaltung von gesetzlichen Form- oder Fristbestimmungen durch die Parteien bringt den einen Beteiligten um seine formell günstige Position, was sich materiell auswirken kann, so zum Beispiel, wenn das Gericht über die im Gesetz festgesetzte Einspruchsfrist gegen ein Versäumnisurteil hinweggeht

346) vgl. Peters, Lb, S. 73ff.
347) vgl. Roth-Stielow, S. 5, BVerfGE 2, 403

und trotz Fristversäumnis den Einspruch noch zuläßt. Dann bedeutet das Geben des Gerichts an einen Prozeßbeteiligten - nämlich das Hinwegsetzen über eine Fristversäumnis - das Wegnehmen einer "erworbenen Rechtsposition" von dem anderen.

Die Situation im Strafprozeß ist demgegenüber stark abweichend. Hier geht die die Gemeinschaft vertretende Staatsgewalt in Form der Staatsanwaltschaft gegen einen in den Verdacht des Begehens einer strafbaren Handlung geratenen Staatsbürger vor. Erst mit dem rechtskräftigen Abschluß des Verfahrens ist dessen Täterschaft endgültig festgelegt. Dabei soll der rechtskräftige Verfahrensabschluß nicht durch eine Formalentscheidung, sondern durch eine eingehende Prüfung der materiellen Rechtslage unter Aufklärung des zugrundeliegenden Sachverhaltes erfolgen. Hier werden nicht zwei gleichberechtigte, miteinander um vermögensrechtliche oder andere begrenzbare Positionen kämpfende Parteien tätig, sondern hier soll eine gesellschaftliche Sanktion gegen einen des Rechtsbruchs strafrechtlicher Natur Verdächtigten verhängt werden. Diese verschiedenartig gelagerte Ausgangsposition verlangt eine verschiedenartige Beurteilung der Formalien durch die rechtsprechende Gewalt. Es muß daher hinsichtlich der Frage der Beurteilung des Verlustes von prozessual erworbenen formell günstigen Positionen einer Partei eine andere Betrachtung zum Tragen kommen, als dies im Zivilprozeß der Fall ist. Hier haben Staatsanwaltschaft und Beschuldigter verschiedene Positionen.

Während im Zivilprozeß gleicher Rechte und Belastungen fähige Gegner gegenüberstehen, geht es im Strafprozeß trotz "Kampfparität" [348] um eine völlig andere Situation. Hier soll nur eine Seite belastet werden: der Beschuldigte, und zwar mit einer von der Gesellschaft gegen ihn zu verhängenden Strafe, die der Gerechtigkeit entsprechen soll. Deshalb läßt sich das Bild des Wegnehmens einer formal erworbenen Position von der einen Partei zugunsten der anderen durch ein Übergehen von Formalbestimmungen auf den Strafprozeß nur bedingt anwenden. Hier geht es vielmehr darum, daß der Beschuldigte aufgrund eigenen Verhaltens prozessualer Positionen verlustig geht, die ihm vom Gesetz her eingeräumt worden waren, sei es eines Rechtsbehelfes, einer Antragsmöglichkeit oder einer sonstigen Rechtsposition. Diese grundsätzlich zum Schutz des Beschuldigten eingeräumten prozessualen Mittel sollen ihm aufgrund seines Fehlverhaltens genommen werden. Diese Rechtspositionen dienen aber grundsätzlich der Ermöglichung einer gerechten Entscheidung, so daß durch Einschränkung dieser Rechtsposition die Gerechtigkeit beeinträchtigt werden kann, so beispielsweise, wenn dem Angeklagten die von der Institution her der besseren Verwirklichung von Gerechtigkeit dienende Überprüfung der Entscheidung durch eine höhere Instanz wegen Versäumnis der Rechtsmittelfrist verwehrt wird oder ein Strafbefehl

348) vgl. Löwe-Rosenberg, Kap. 5, 2

auf einen verspäteten Einspruch hin nicht mehr materiell überprüft wird. Hier wird, wenn über die Fristversäumnis hinweggesehen wird, zwar der Strafverfolgungsbehörde eine Rechtsposition genommen, nämlich der rechtskräftige Verfahrensabschluß, auf der anderen Seite trifft sie aber die Wegnahme dieser Position wesentlich geringer, als der Angeklagte durch den Ausschluß einer weiteren Sachentscheidung berührt wird; diese könnte ihm möglicherweise den Freispruch und die Rehabilitierung bringen.

In diesem Sinne ist auch die neuere Rechtsprechung des OLG Celle [349] zu sehen, die hinsichtlich des Nachweises, ob ein Rechtsmittel rechtzeitig eingelegt wurde, dahingehend unterscheidet, ob das Rechtsmittel vom Angeklagten zu seinen Gunsten oder von der Staatsanwaltschaft zu seinen Ungunsten eingelegt wurde. Dort wird herausgestellt, daß der Angeklagte nicht in ein Rechtsmittelverfahren hineingezogen werden dürfe, wenn nicht feststehe, daß die Staatsanwaltschaft dies rechtzeitig zu seinen Ungunsten eingelegt habe, während andererseits die Rechtsprechung bei Zweifeln an der Rechtzeitigkeit des Rechtsmittels des Angeklagten dieses zu seinen Gunsten als rechtzeitig gelten läßt [350].

Diese scheinbare Bevorzugung des Angeklagten gegenüber der Strafverfolgungsbehörde entspricht der gewandelten gesellschaftlichen Sicht des Staates zum Rechtsbrecher. Dieser sehr vielschichtigen Frage kann hier nicht näher nachgegangen werden. Jedenfalls ist festzustellen, daß der Gedanke, daß der Angeklagte bis zu seiner rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig zu gelten hat, gegenüber der früheren Zeit sehr stark an Gewicht zugenommen hat. Daraus resultiert auch, daß die Anforderungen an eine rechtskräftige Verurteilung in der Richtung gestiegen sind, daß möglichst eine materielle Feststellung unter Ermöglichung mehrerer Instanzen, jedenfalls nicht nur eine formelle Verurteilung herbeigeführt werden soll. Die angestrebte Gerechtigkeit soll eine materielle, nicht nur eine formelle sein.

Dennoch ist auch im Strafprozeß die Einhaltung formeller Bestimmungen eine Notwendigkeit zur Verwirklichung materieller Gerechtigkeit. Wie eingangs ausgeführt, muß die formelle Ordnung die materielle tragen. Beide bedingen sich gegenseitig. Die Rechtssicherheit verlangt die Einhaltung gewisser Mindestformen, um den Abschluß des Verfahrens festlegen zu können. Bestimmte Formalien müssen eingehalten werden, um ein Rechtskräftigwerden von Entscheidungen zu gewährleisten. Dazu ist erforderlich, daß das Verfahren zu einem bestimmten Zeitpunkt als abgeschlossen angesehen werden kann. Hinzu kommt, daß hinsichtlich der Einhaltung der für ein ordnungsgemäßes Verfahren notwendigen Formen im Falle ihrer Verletzung durch den Angeklagten Sanktionen ergrif-

349) NJW 67, 640 v. 22.9.66 s. Anm. 156

350) s. Nachweise auf S. 38/39

fen werden müssen. Allerdings ist in verschiedenen Fällen zu fragen, ob diese Saktionen unbedingt in dem Ausschluß weiterer Rechtsmittel liegen müssen oder ob diese prozessualen Ziele nicht durch Androhungen und Aussprechen von Ordnungsstrafen erreicht werden können. Auf diese Weise wäre in vielen Fällen eine Sanktion für die Einhaltung von Formalien vorhanden, ohne daß die materielle, den Vorwurf der strafbaren Handlung beurteilende Entscheidung dadurch in ihrem Inhalt berührt würde.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß die mit einer Auflockerung von Formalien verbundenen Gefahren in wesentlichen Gebieten anders zu bewerten sind und geringer erscheinen als im Zivilprozeß. Doch kann durch eine allzu starke Auflockerung ein wesentliches Element der Rechtsordnung - die Rechtssicherheit - gefährdet werden, wenn durch Auflösung etwa von Fristbestimmungen ein rechtskräftiger Abschluß des Verfahrens zweifelhaft wird und der Beschuldigte ein Verfahren immer wieder von neuem aufrollen kann.

Grundsätzlich wird nach wie vor die Notwendigkeit und Berechtigung prozessualer Formalbestimmungen und ihrer Bindungswirkung im Strafprozeß anerkannt.

Die ältere Literatur ging weitgehend stillschweigend von der Notwendigkeit prozessualer Formvorschriften und ihrer absoluten Geltung aus. So finden sich in den Standard-Lehrbüchern aus der Zeit bis 1933 lediglich objektive Darstellungen der Formalbestimmungen und Hinweise auf die Sanktionen bei ihrer Verletzung. In der Zeit des Nationalsozialismus setzte dann eine Entwicklung zum Abbau von den Angeklagten schützenden Formen ein, verbunden mit der Forderung nach Aufgabe aller nicht notwendigen Formalien [351]. Demgegenüber wurden die Anforderungen an von dem Angeklagten wahrzunehmende Formen erhöht. Das was dem nationalsozialistischen Rechtsdenken als Gerechtigkeit erschien, sollte nicht durch Formalien beeinträchtigt werden.

In der Nachkriegszeit begann eine Neubewertung der Formalien. Der Selbstzweck der Form wurde in der Literatur wieder stärker herausgestellt [352]. Die Beseitigung aller Formvorschriften biete keine Garantie für eine vertiefte Wahrheitsermittlung [353]. Formen seien in gewissem Umfang erforderlich. Gleichzeitig wurde aber betont, daß ein übertriebener Formalismus der Gerechtigkeit schaden könne [354]. Es müsse daher stets eine Abwägung zwischen der Notwendig-

---

351) vgl. E. Schäfer, S. 247/248

352) vgl. Peters, Lb. S. 74, Niese, ZStW 63, 218, Henkel, Lb. S. 104, Henckel, S. 7, E. Schmidt, LK I Rdnr. 22, KMR, Einleitung 1 c, Weber, Studium generale, 60, 183

353) Bohne, SJZ 49, 760

354) Peters, Lb. S. 7, Henkel, Lb. S. 103

keit der Straffung des Verfahrens und dem Interesse des einzelnen gefunden werden [355]. Bei einzelnen Bestimmungen wurde die Auslegung von Formalien in Richtung auf eine Auflockerung gefordert [356]. Im Ganzen ist auch in der Literatur eine Tendenz dahingehend erkennbar, daß gefordert wird, über der Form dürfe die Gerechtigkeit im Einzelfall nicht vernachlässigt werden [357]. Die Polarität zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit verlange, daß einmal dem einen und ein anderes Mal dem anderen Gedanken der Vorzug zu geben sei [358]. Die damit verbundene Gefahr einer Willkürrechtsprechung bestehe nicht, solange das richterliche Wollen von der Intention der Wahrheit und der Gerechtigkeit getragen werde [359]. Wenn die Gerichte aus Gründen der Gerechtigkeit die Rechtssicherheit vernachlässigten, müßte zwar dabei zwangsläufig letztere Schaden leiden [360], dieses Ergebnis sei in vielen Fällen aber nicht zu umgehen, und müsse daher in Kauf genommen werden [361].

Die Entwicklung in der Rechtsprechung zu einer Auflockerung der Formalien beruht auf verschiedenerlei Gründen. Teilweise hat sich die Rechtsprechung den Forderungen des Grundgesetzes angepaßt, insbesondere, was die Berücksichtigung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs angeht. Auch wirkt sich in der Rechtsprechung die Tatsache aus, daß der Staat des Bonner Grundgesetzes sich als Rechtsstaat im materiellen Sinne versteht und nicht als nur formeller Rechtsstaat - als Justizstaat [362]. Ein weiterer Grund für die Auflockerung formeller Vorschriften ist in der Anpassung an den technischen Fortschritt zu sehen, insbesondere, was die Rechtsprechung zur Schriftform angeht. Dabei war äußerer Anlaß für die Wandlung der Rechtsprechung oft eine starke Richtung in der Literatur, die eine veränderte Einstellung der Gerichte forderte und herbeiführte. Das war beispielsweise im Bereich der Geltung des Grundsatzes "in dubio pro reo" für Verfahrenshindernisse, bei der Wiedereinsetzung zur Nachholung einzelner Revisionsrügen und bei der Gleichsetzung von Form- und Fristversäumnis der Fall.

Der innere Grund für die Auflockerung von Formalien und eine veränderte Sicht der Rechtsprechung von formellen Bestimmungen beruht auf einem weiteren:

---

355) vgl. Bohne, SJZ 49, 760, Henkel, Lb. S. 104

356) Insoweit kann auf die im Laufe der Erörterung der Einzelprobleme gemachten Literaturhinweise verwiesen werden.

357) vgl. Henckel, S. 9

358) so BVerfGE 3, 237

359) so Gribbohm, MDR 66, 975

360) so BVerfGE 2, 403

361) E. Schmidt, DRiZ 63, 382

362) vgl. Maunz-Dürig, Art. 20, Rdnr. 59

Die gewandelte Bewertung und Behandlung von Formalien im Strafprozeß entspricht einem gewandelten Verständnis des Richters und seiner Funktion gegenüber dem geschriebenen Recht. Schon in den Auslegungsmethoden - der objektiven, vom Willen des Gesetzgebers losgelösten oder der am präsumtiven Willen des Gesetzgebers heute orientierten Auslegung - zeigt sich eine veränderte Einstellung des Richters gegenüber dem Gesetz und dem historischen Willen des Gesetzgebers. Insbesondere wird der Wandel der Haltung gegenüber den fixierten Normen deutlich, wenn die Gerichte aufgrund von Fiktionen sich über den Inhalt des geschriebenen Gesetzes hinwegsetzen, so, wenn beispielsweise eine Rechtsmittelerklärung oder die Einhaltung einer Frist fingiert wird. Dann tritt an den Richter die Frage nach der Bindung an das Gesetz heran. Es kann nicht Aufgabe dieser auf eine Untersuchung der Rechtsprechung abgestellten Arbeit sein, diese Frage auch nur annähernd erschöpfend zu erörtern [363]. Angesichts der Vielzahl der Stellungnahmen zu dem Problem der Bindung des Richters an Gesetz und Recht müssen nachstehende Erörterungen im Rahmen dieser Arbeit genügen.

Das Verhältnis des Richter zu zwingenden prozessualen Formalbestimmungen hat sich im Laufe der Geschichte des Strafprozesses gewandelt; es ist mit dem Selbstverständnis des Richters und seinem Verhältnis zum Gesetz ein anderes geworden. Während sich der Richter zur Zeit des Absolutismus, aber auch noch im bürgerlich-liberalen Rechtsstaat lediglich als Vollzieher des Gesetzes, als "Sklave des Gesetzes" fühlte [364], hat sich im Laufe dieses Jahrhunderts ein entscheidender Wandel im Verhältnis des Richters zum Gesetz vollzogen. Diese Entwicklung hat bereits zur Zeit der Weimarer Republik eingesetzt und ist auf dem Gebiet der Zivilrechtsprechung mit der Entscheidung RGZ 111, 323, wo das RG ein Gesetz der materiellen Prüfung unterzog und in der Rechtsprechung in Strafsachen u. a. mit der Anerkennung des "übergesetzlichen Notstandes" manifest geworden.

Heute sieht sich der Richter in der Situation des Rechtschöpfers, der eine den Gesetzgeber ergänzende und korrigierende Tätigkeit ausübt, wenn die Anwendung des geschriebenen Rechts zu Unbilligkeiten führen würde. Er bestimmt das Maß der Abweichung und Auflockerung von der Bindung an das Gesetz [365]. Den Ursachen hierfür kann nicht auf den Grund gegangen werden. Doch liegt die Abkehr von der strengen Gesetzesgläubigkeit wohl besonders in dem verän-

---

363) selbst die Literaturhinweise zu diesem umfassend in der Literatur erörterten Problem können sich nur im Rahmen einer Andeutung halten: Literaturnachweise bei Brüggemann, JR 63, 162

364) Bockelmann, a. a. O., S. 27

365) vgl. Huhn, DRiZ 67, 340 und Riedel, DRiZ 68, 167

derten Menschen- und Gesellschaftsbild des 20. Jahrhunderts und in der Erfahrung mit Gesetzen, die inhaltlich unvollkommen oder widerrechtlich den Glauben in ihre Verbindlichkeit erschütterten. Die Erfahrung der Richter und der einzelnen Bürger mit der Ohnmacht des Gesetzgebers, sich den jeweils geänderten gesellschaftlichen Umständen in allen Teilbereichen anzupassen und die Massenproduktion von Gesetzen mit oft begrenzter Geltungsdauer und geringer Qualität zeigten, daß eine positive, bis ins Letzte gehende Regelung aller Lebensbereiche durch Normen nicht möglich, aber auch nicht erstrebenswert [366] ist [367]. Die Anwendung der Norm im Einzelfall führte häufig zu materieller Ungerechtigkeit [368].

Der strenge Gesetzespositivismus wurde überwunden. Das wird schon an der Formulierung des Bonner Grundgesetzes deutlich, wo es in Art. 20 III heißt, daß der Richter an Gesetz und Recht gebunden ist, nicht mehr an das Gesetz allein. Das bedeutet, daß sich die Rechtsfindung am positiven - durch Gesetz festgelegten - Recht und gleichermaßen am überpositiven - dem ungesetzten, überstaatlichen - Recht zu orientieren hat [369]. Dabei muß gegebenenfalls die Verwirklichung der Gerechtigkeit als "Recht" i.S. von Art. 20 dem "Gesetz" vorgehen, dies, weil der Rechtsstaat des Bonner Grundgesetzes als Gerechtigkeitsstaat zu begreifen ist [370], der der anzustrebenden "Gerechtigkeit" den Vorrang vor dem Gesetz einräumt [371].

Nicht mehr die bloße Vollziehung des Gesetzes ist Aufgabe des Richters, sondern er hat gleichermaßen das ungeschriebene Recht zu berücksichtigen und dabei gegebenenfalls selbst rechtschöpfend zu wirken [372]. In diesem Zusammenhang kann es zu einem Konflikt zwischen geschriebener Norm und dem, was der Richter als ungeschriebenes Recht [373] erkennt, kommen.

Der Zwiespalt zwischen Gesetz und Recht wird besonders offenbar in den Fällen der Kollision zwischen formellen Bestimmungen und materieller Gerechtigkeit. Formelle Bestimmungen als bestimmte, geschriebene Gesetzesnormen führen häufig zu einem anderen Ergebnis, als der Richter es als gerecht ansieht. Um dem von ihm selbst als ungerecht empfundenen Ergebnis aufgrund der Anwendung der formellen Norm zu entgehen, sucht der Richter oft den Weg der Auslegung

366) vgl. Arthur Kaufmann, a.a.O., S. 44
367) vgl. auch Zwingmann, a.a.O., S. 113
368) vgl. auch Brügeemann, JR 63, 162 (164)
369) vgl. Riedel, DRiZ 68, 167, Mangoldt-Klein, Art. 20 Anm. VI 2 f
370) vgl. Maunz-Dürig, Rdnr. 59 zu Art. 20
371) vgl. Riedel, a.a.O., S. 167 mit Nachw.
372) Kaufmann, a.a.O., S. 27
373) Unter Recht ist die den Gesetzen übergeordnete Wertenwelt zu verstehen, auf die das Grundgesetz mit den Grundrechten und anderen seinem Verfassungsbild entsprechenden Wertordnungen hinweist, so E. Schmidt, DRiZ 63, 376 (381)

oder der Fiktion, um so zu einem als tragbar erkannten Resultat zu gelangen. Dabei kann eine Auslegung praeter legem im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung und Rechtsvervollständigung noch als eine in Gesetzestreue ergangene Entscheidung angesehen werden, ohne daß dazu Gedanken einer überpositiven Rechtsordnung zu bemühen wären [374].

Der Richter erfährt durch die Erweiterung der Auslegungsmöglichkeiten und die Befugnis, sich über den Gesetzeswortlaut hinwegzusetzen, einen erheblichen Machtzuwachs, verglichen mit seiner Position als bloßer Gesetzesanwender zur Zeit des Positivismus [375].

Verschiedene Verfasser sehen in der geänderten Auffassung des Richters von seinen Aufgaben und seinen Befugnissen eine Gefahr [376]. So bedauern insbesondere Werner, Forsthoff und Bettermann den Zuwachs der richterlichen Macht und sprechen von einer Aufhebung der Gewaltenteilung. Die Gerichte würden zu einer Art zweitem Gesetzgeber. Der Rechtsstaat sei in Gefahr, ein Richterstaat oder ein Justizstaat zu werden [377]. Die Aufhebung von Formalien führe zur Preisgabe der Rechtssicherheit. Der Gesetzgeber dürfe durch die Auslegungsmethode nicht übergangen werden.

Dagegen weisen andere Verfasser zu Recht darauf hin, daß es das legitime Recht und auch die Pflicht des Richters sei, nicht nur das Gesetz, sondern auch das Recht notfalls gegen das Gesetz zur Geltung kommen zu lassen [378]. Dies allein entspricht der Stellung des Richters im sozialen Rechtsstaat des Grundgesetzes. Der Richter hat eine über die bloße Gesetzesanwendung hinausgehende Funktion [379]. Aufgabe des Richters ist es, sozialen Ausgleich durch Richterspruch zu schaffen [380]. Hier zeigt sich ein echter Funktionswandel im Bereich der Rechtspflege. Wenn der Richter auch in der Zeit des Positivismus immer mehr als ein bloßer Subsumtionsautomat war, so ist seine Stellung im Rechtsstaat als desjenigen zu sehen, der eine Wertverwirklichung zur Konkretisierung der Rechtsordnung betreibt. Er hat die generell vorweg getroffene Rechtslösung des Gesetzes zu konkretisieren und zu individualisieren [381]. In diesem Rahmen muß ihm

---

374) Riedel, a.a.O., S. 168

375) vgl. auch Marcic, a.a.O., S. 277, Werner, a.a.O., S. 3

376) so insbesondere Roth-Stielow, a.a.O., S. 3 ff. (5), Reuss, DÖV 63, 361, Forsthoff, DÖV 59, 41, Bettermann, a.a.O., S. 523 ff.

377) Werner, a.a.O., S. 3, Bachof, a.a.O., S. 29, Forsthoff, DÖV 59, 41

378) Marcic a.a.O., S. 278, Kielwein a.a.O., S. 134, Arthur Kaufmann, a.a.O., S. 45, Maihofer a.a.O., S. 28, Mayer-Ladewig, DRiZ 62, 327, Berges, DRiZ 62, 368

379) Berges, DRiZ 62, 368

380) Baur, JZ 57, 193

381) Maihofer, a.a.O., S. 28/29

zur Verwirklichung materieller Gerechtigkeit erlaubt sein, das Gesetz zu ergänzen und fortzuentwickeln [382]. Less [383] betont zu Recht, daß der Richter die Freiheit haben muß, wenn die Anwendung des Gesetzes zu untragbarem Ergebnis führt, von der gesetzlichen Norm abzuweichen. Kielwein [384] stellt heraus, daß es sich beim Gesetz lediglich um eine Richtlinie handelt. Ebenso wie das Gesetz hat der Richter auch auf die metajuristische Ordnung, auf die Sozialethik und ihre Maximen zurückzugreifen [385]. Gleichermaßen betonen Kaufmann [386] und Maihofer [387], daß im Rechtsstaat das Recht nicht allein der Legislative überantwortet sei, sondern in die Verantwortung aller staatstragenden Kräfte - also auch des Richters - gelegt sei und die sachlich richtige und menschlich gerechte Entscheidung oberstes Gebot sei. Dies hat notfalls ohne oder sogar gegen das Gesetz aus der Vernunft des Alltags zu erfolgen. Das Gesetz ist weder das Ganze noch ein Hindernis des Rechts, sondern ein Mittel zu seiner Verwirklichung [388].

Der Richter kann sich der veränderten Situation besser und schneller anpassen als der Gesetzgeber [389]. Dem gewandelten Bild des Richters und seiner Stellung gegenüber dem Gesetz entspricht insbesondere auf dem Gebiet des formellen Rechts der Niedergang der Begriffsjurisprudenz mit ihrer verstärkten Möglichkeit, materielle Gerechtigkeit durch Sachentscheidungen zu verwirklichen. Viel mehr als früher wird auch im Rahmen der prozessualen Ordnung die Verwirklichung allgemein empfundener Gerechtigkeitswerte angestrebt. Der verlorengegangene Glaube an die Perfektionierung der Rechtsordnung durch Nominierung führt zu einer gewandelten Auffassung der Rechtsprechung gegenüber Formalien.

Im sozialen Rechtsstaat orientiert sich der Richter mehr an der Einzelfallgerechtigkeit als am dogmatischen Denken, dies, weil bei der Rechtsfindung, die Gerechtigkeit im rechtsstaatlichen Sinn verwirklichen will, das natürliche Bestreben enthalten ist, dem Einzelfall und dem Einzelmenschen in ihrer Eigenartig-

---

382) so Less, S. 66/67, Stein, NJW 64, 1745 (1748)

383) so Anm. 382

384) a. a. O., S. 134

385) Kielwein, a. a. O., S. 135

386) a. a. O., S. 45

387) a. a. O., S. 26, 28

388) Kaufmann, a. a. O., S. 46

389) So gesehen kann unter gewissen Umständen dem "Richterstaat" sogar der Vorrang vor dem "Gesetzesstaat" einzuräumen sein, vgl. auch Marcic, a. a. O., S. 278 und Brüggemann, JR 63, 162, von einer Normsetzungsbefugnis des Richters aus.

keit gerecht zu werden [390].

Gerade im Rahmen formeller Probleme wird ein Gericht häufig mit dem Erfordernis konfrontiert, im Interesse der Vermeidung einer sonst offen zu Tage tretenden Ungerechtigkeit sich über formelle Grundsätze hinwegzusetzen, ohne diese generell aufgeben zu wollen. Eine dogmatisch saubere Lösung aller Einzelfragen wird sich gerade auf dem Gebiet des formellen Rechts nie ein für allemal finden lassen. Eine allgemeine Regel kann nicht ausnahmslos allen Einzelfällen gerecht werden [391] [392].

Die Gerechtigkeit muß am Einzelfall gefunden und verwirklicht werden [393]. Dabei hat die formale Ordnung gegebenenfalls dem Streben nach materieller Gerechtigkeit zu weichen, andererseits muß aber auch gesehen werden, daß zur materiellen Gerechtigkeit auch die Einhaltung der Form gehören kann, insbesondere wenn ein Angeklagter leichtfertig über alle notwendigen Formalien hinweggegangen ist. Letztere dürfen aber nicht zum Selbstzweck werden.

Die Form kann und darf nur dem materiellen Gehalt der Rechtsordnung dienen. Immer wird nur der Einzelfall eine Überschreitung der gesetzlichen Form rechtfertigen. Der Richter darf sich nicht ohne Not über normierte Formen hinwegsetzen; der Einzelfall kann es aber von ihm verlangen.

Bei der Auflockerung von Formalien wird immer nur eine Vernachlässigung der Formen zugunsten des Beschuldigten in Betracht kommen können. Eine Formauflockerung zugunsten der Staatsanwaltschaft und zu Lasten des Beschuldigten würde rechtsstaatliche Mindestgarantien beeinträchtigen. In diesem Zusammenhang ist interessant festzustellen, daß in der Zeit des Nationalsozialismus durch

---

390) Riedel, a.a.O., S. 168

391) Zippelius, S. 117 ff.

392) Hier setzt die Topik ein, vgl. auch Viehweg, a.a.O. Die Orientierung am Einzelproblem, am Einzelkonflikt zwischen formellem und materiellem Recht bringt die Einzelfrage, vgl. auch Arndt, NJW 63, 1273 (1277). Das strenge Recht der Prozeßordnung wird durch die Einzelfallgerechtigkeit durchbrochen, Henkel, Philosophie, S. 348. Das Abwägen von einzelnen Argumenten, die aus dem konkreten Fall fließen, führt häufig zum Übergehen der formellen Normen. Nicht das Einhalten eines dogmatischen Systems, sondern die Entscheidung am Einzelfall bringt das größtmögliche Maß an materieller Gerechtigkeit. Es ist an dieser Stelle nicht möglich, auf die Topiklehre und den darüber entbrannten Streit in der Literatur einzugehen; es sei an Erscheinungen in jüngerer Zeit auf Diederichsen, NJW 66, 697 einerseits und Schneider, MDR 67, 6 und Horn, NJW 67, 601 mit weiteren Nachweisen andererseits hingewiesen.

393) so auch Marcic, a.a.O., S. 277

die Rechtsprechung den Angeklagten schützende Formen vernachlässigt und die Anforderungen an die von diesem vorzunehmenden formalen Handlungen teilweise erhöht wurden.

Wenn auch durch die Einschränkung von Formalentscheidungen im Interesse des Beschuldigten Sachentscheidungen ermöglicht werden, so muß der Richter doch auch die Grenzen sehen, die ihm bezüglich der Auflockerung von Formalbestimmungen gesetzt sind. Auch die Richtermacht ist an prozessuale Mindestregeln gebunden [394]. Die Prozeßformalien sind einer unbeschränkten Richtermacht verschlossen. Durch allzu große richterliche Freiheit darf nicht die Gleichheit der Rechtsanwendung verloren gehen. Dabei wird die Grenze richterlicher Freiheit sicherlich dann überschritten, wenn sich der Richter bei der Anwendung von Formalien nur noch von Billigkeitsgesichtspunkten leiten läßt [395]. Die Forderung nach einem sich in gleichen gesetzlich vorgeschriebenen Bahnen bewegenden Prozeß ist ein wichtiges Element der Rechtsstaatlichkeit. Dennoch darf die Gerechtigkeit im Einzelfall nicht durch eine allzu formalistische Anwendung des Rechts leiden. Richterliche Gebundenheit und richterliche Freiheit können bald im Dienst der Einzelfallgerechtigkeit, bald im Dienste der Gewährleistung der Gerechtigkeit im allgemeinen und der Rechtssicherheit stehen [396].

Die in der Rechtsprechung aufgetretenen Tendenzen der Auflockerung der Formalien sind unter zwei Gesichtspunkten zu sehen: Einmal die generelle Auflockerung von Formalien mit der Reduzierung des Formellen auf ein notwendiges Mindestmaß im Wege der Auslegung und zum anderen die Bereitschaft der Gerichte, gegebenenfalls sich im Einzelfall über anerkannte Formalien hinwegzusetzen, um "Härten des Einzelfalles" auszugleichen. Unter beiden in dieser Rechtsprechung zu Tage getretenen Gesichtspunkten ist diese Tendenz zu begrüßen, da sie geeignet ist und zum Ziel hat, dem einzelnen Staatsbürger - wenn dieser sich auf der Anklagebank befindet - Gerechtigkeit widerfahren zu lassen. Ihm und der überwiegenden Mehrheit der Bevölkerung würde es als Ungerechtigkeit erscheinen, wenn aus Gründen der Einhaltung eines Systems ein erfolgversprechendes Rechtsmittel deshalb abgeschnitten wird, weil ihm ein geringer Formfehler unterlaufen ist.

Die Behandlung der Formalien durch die Rechtsprechung hält sich im großen und ganzen im Rahmen dessen, was im Interesse der Aufrechterhaltung der Rechtssicherheit an Einschränkungen der Form als vertretbar erscheint. Sie achtet den Eigenwert prozessualer Formen und geht davon aus, daß auch in der Rechtssicherheit ein Element materieller Gerechtigkeit liegt. Durch allzu leichtfertiges Über-

394) Baur, Richtermacht, S. 105 ff.

395) Baur, Richtermacht, S. 112

396) Peters, Individualgerechtigkeit, S. 191 ff. und BVerfGE 2,403 und 3,237

gehen von Formalbestimmungen kann die Gerechtigkeit Schaden nehmen. Abgesehen von einigen Einzelfällen wahrt die Rechtsprechung diese Gesichtspunkte. Sie ist aber auf manchen Gebieten an die Grenzen dessen gelangt, was im Wege der Auslegung von Formalbestimmungen als vertretbar erscheint. Hier liegt die oben aufgezeigte Gefahr für die Rechtssicherheit. Ein weiteres ist zu beachten: Wenn die Rechtsprechung eine noch stärkere Auflockerung formaler Bestimmungen durch Auslegung oder durch allzu großzügige Fiktionen zuläßt, besteht die Möglichkeit, daß angesichts der dann auftretenden Formlosigkeit eine Gegenentwicklung zu einer überspitzten Betonung des Formellen eintreten wird [397]. Einzelbeispiele auf verschiedenen Teilgebieten weisen darauf hin. Aufgabe der Rechtsprechung ist es, auch hier das rechte Maß zu wahren.

Unter grundsätzlicher Betonung der Notwendigkeit prozessualer Ordnungsvorschriften hat zu gelten, daß der Ordnungscharakter von prozessualen Normen dort seine Grenze hat, wo er zu offensichtlichem Unrecht führt. Dies zu erkennen und zu verhindern bleibt im Einzelfall dem Richter vorbehalten. Er hat sich dabei gegebenenfalls mehr an der Einzelfallgerechtigkeit als an der Norm zu orientieren. Er wird die Spannung zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit von Fall zu Fall verschieden lösen müssen. Eine dadurch in gewissem Umfang auftretende Rechtsunsicherheit stellt solange keine Gefahr für den Rechtsstaat dar, solange das richterliche Wollen von der Idee der Wahrheit und Gerechtigkeit getragen wird [398].

---

397) so auch Baur, Richtermacht, S. 103

398) so auch Gribbohm, MDR 66, 975

LEBENSLAUF

Am 12. September 1939 bin ich in Berlin als Sohn des Dipl. Ing. Kurt Brandenburg und seiner Ehefrau Hilde geb. Pfahler geboren.

Ab Herbst 1945 besuchte ich die Volksschule zu St. Ingbert/Saarland und anschließend, ab 1949 das Staatl. Realgymnasium in St. Ingbert, wo ich zu Ostern 1958 die Reifeprüfung bestand. Ab Sommersemester 1958 studierte ich an der Universität des Saarlandes Rechtswissenschaften, unterbrochen durch ein Semester an der Freien Universität Berlin. Während einiger Semester belegte ich nebenbei Wirtschaftswissenschaften.

Am 29. September 1962 legte ich die erste juristische Staatsprüfung mit der Note "befriedigend" ab. Nachdem ich einige Monate in der Verwaltung als Angestellter beschäftigt war, begann ich am 1. Februar 1963 den Referendardienst im Saarland. Während der Referendarzeit verbrachte ich eine Ausbildungsstation in Berlin und besuchte während des Sommersemesters 1964 die Verwaltungshochschule in Speyer. Am 21. Oktober 1966 legte ich die zweite juristische Staatsprüfung mit der Note "befriedigend " ab.

Während der Ausbildung als Referendar war ich während zweier Semester wissenschaftliche Hilfskraft (Korrekturassistent) bei der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes. Nach Ablegung der 2. juristischen Staatsprüfung war ich vom 1. 11. 1966 bis zum 15. 7. 1967 wiederum als Assistent an der gleichen Fakultät tätig.

Seit dem 1. September 1967 bin ich Gerichtsassessor beim Sozialgericht für das Saarland.